جواهر الكلام

في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

(المتوفى سنة ١٢٦٦هـ)

٢٧

بسم الله الرحمن الرحيم

جواهر الكلام فى شرح شرائع الاسلام

كاتب:

محمد حسن بن باقر نجفى (صاحب جواهر)

نشرت فى الطباعة:

دار احياء التراث العربى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام المجلد ۲۷

اشاره

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جوااهرالکلام[چاپ سنگی]/محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛نویسنده متن:علامه حلی؛کاتب:ابوالقاسم خوانساری؛مصحح:موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]:، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.]،ج ۱؛قطع:۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز:بسمله... الحمدلله الذی ختم الشرایع باسمهما طریقه و اوضحها حقیقه و اظهرها برهانا ... و بعد فیقول العبد القاصر العاثر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله الیهما ...

انجام:... الاصحاب الثانی و الله اعلم الحمدلله اولا و آخرا و ظاهرا و باطنا علی ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المکرم من سنه۱۲۷۴ق.و انا الفقیر الی الله الغنی ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت:۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تز ئینات جلد:جلد مقوایی،روکش تیماج قهوه ای،عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی "بسم الله الرحمن الرحیم و قد انتقل ذلک الکتاب مع مجلداته الاخر التی کانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العملاره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه تومانا المقابل ۱۵۰۰ریالا ـ و وقع هذا الانتقال فی یوم الخامس المطابق با یوم الثانی من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن" (ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد.نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهاه است،و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی،جعفر بن حسن۶۰۲-۶۷۶ق.-شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام--نقد وتفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی،جعفر بن حسن،۶۰۲-۶۷۶ق.شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام.شرح

خوانساری،ابوالقاسم،قرن ۱۳ق.کاتب

طهرانی،موسی،قرن ۱۳ق.مصحح

حسینی،فروشنده

ج۲۷، ص: ۱

[تتمه القسم الثانی فی العقود]

اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيمِ

و به نستعين

[كتاب المزارعه و المساقاه]

اشاره

كتاب المزارعه و المساقاه

[أما المزارعه]

اشاره

أما المزارعه

[تعريف المزارعه]

فهى لغه: مفاعله من الزرع و شرعا معامله على الأرض بحصه من حاصلها و لعل تحقق المعنى اللغوى فيه باعتبار مباشره أحدهما و أمر الآخر به نحو ما سمعته فى المضاربه و هل هى المخابره؟ فيه خلاف لا فائده مهمه فى تحقيقه لكن فى المسالك «قد يعبر عن المزارعه بالمخابره إما من الخبر و هو الأكار أو من الخباره و هى الأرض الرخوه أو مأخوذ من معامله النبى صلى الله عليه و آله و سلم لأهل خيبر.

و على كل حال فالمعامله فى تعريفها بمنزله الجنس الشامل للإجاره و المساقاه و غيرهما، و بالأخير يخرج الأول، لعدم صحتها بحصه من النماء كما أنه بالأول يخرج الثانى، لأنها معامله على الأصول بحصه منها و ان كانت الأرض تابعه و قد عرفت غير مره أن المراد بنحو هذا التعريف فى كلامهم التصوير و التمييز فى الذهن فى الجمله فلا يناسب الإطناب فى بيان فقده لوازم التعريف من الطرد و العكس و غيرهما كما هو واضح.

و لا ريب فى مشروعيه هذا العقد عندنا، و عند أكثر علماء الإسلام، بل نصوصا فيها و فى المساقاه مستفيضه أو متواتره.

منها

خبر أبى الربيع الشامى (۱)«عن أبى عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الرجل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ۱۰.

يزرع أرض رجل، فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر فقال: لا ينبغی أن يسمی بذرا و لا بقرا و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع أرضک و لک منها كذا و كذا نصف أو ثلث، أو ما كان من شرط، و لا يسمی بذرا و لا بقرا إنما يحرم الكلام».

و نحوه

خبر النضر بن سويد(۱)عن عبد الله بن سنان «أنه قال: فی الرجل يزارع فيزرع أرض غيره، فيقول: ثلث للبقر و ثلث للبذر، و ثلث للأرض

قال: لا يسمی شيئا من الحب و البقر، و لكن يقول: أزرع فيها كذا و كذا إن شئت نصفا، و إن شئت ثلثا».

و منها

صحيح يعقوب (۲)عن أبی عبد الله عليه السلام فی حديث «سألته عن الرجل يعطی الرجل أرضه و فيها رمان أو نخل أو فاكهه، و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لک نصف ما أخرج؟ قال: لا بأس»

خلافا للشافعی و أبی حنيفه و بعض العامه فمنعوا منه إلا فی مواضع مخصوصه.

و كيف كان ف عباره عقد ها أن يقول: الموجب و هو من بيده الأرض زارعتک أو ازرع هذه الأرض أو سلمتها إليک، و ما جری مجراه مده معلومه، بحصه معينه من حاصلها فيقول القابل، قبلت، و جريان المعاطاه فيها علی ما حققناه فی محله بل حققنا الحال فی اعتبار ماده لفظ مخصوص و هيئته فی العقد اللازم و عدمه، و قد ذكرنا قوه الثانی و أنه يكفی فی تأديته جميع ما يفيده من الألفاظ و لو علی طريق المجاز إلا ما لا يتعارف أيضا فی تأديه مثله من الخطاب و لو لاستهجان المجاز فيه.

و لعله علی هذا توسع المصنف هنا، فذكر سلمتها و ما جری مجراه، و صيغه الأمر، بل فی جامع المقاصد و المسالک الاستدلال علی جواز الأخير الذی نسبه فی الروضه هنا إلی المشهور بخبری أبی الربيع و النضر بن سويد المتقدمين، و إن ناقشا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ۲- باختلاف يسير.

فیه بعدم الدلاله فیهما، علی أن هذا هو العقد، خصوصا مع عدم التصریح بالقبول، فیمکن أن یکون هذا من جمله القول الذی یکون بین المتعاقدین قبل العقد، لتقریر الأجر بینهما، و اختارا عدم الصحه، و کذا فی الریاض إلا أنه استدل علیه بخبر یعقوب السابق و ضعفه أولا: بأن غایته نفی البأس، و هو لا یدل علی اللزوم المطلوب إثباته بالصیغه، و ثانیا: بعدم تضمنه القبول و لو فعلا، و هو کاشف عن أن المراد من ذکر ذلک بیان ما یصح مساقاته، لا صیغتها حتی یستدل به علی ذلک.

لکن لا یخفی علیک ما فی الجمیع بعد الإحاطه بما أسلفناه فی کتاب البیع، و خبرا أبی الربیع و النضر، إنما هما بصیغه المضارع، لا الأمر، و ظاهر

قوله فی أحدهما «إنما یحرم الکلام»

إراده العقد بذلک، و نفی البأس فی خبر یعقوب بعد ظهور القول فیه فی الصیغه دال علی صحتها المترتب علیه أحکامها فإذا الأقوی جواز ذلک کله لأن التحقیق عدم الإجمال فی العقد کی یقتصر فیه علی المتیقن فی الماده و الهیئه.

نعم الظاهر اعتبار القول أیضا فی قبولها، کغیرها من العقود اللازمه، و ترک المصنف له هنا فی بیان عبارتها، لعدم اعتبار لفظ مخصوص فیه، بل هو جمیع ما دل علی الرضا بالإیجاب، فما فی المسالک من احتمال کون ذلک منه لبیان الاکتفاء فیه بالفعل کما اختاره العلامه فی القواعد فی غیر محله، هذا و فی المسالک «و اعلم أنه قد استفید من حقیقه المزارعه و من صیغتها أن المعقود علیه هو الأرض المملوکه المنتفع بها- إلی أن قال- و إنه لا تشرع المزارعه بین المتعاملین إذا لم یکن الأرض ملکا لأحدهما کما فی الأرض الخراجیه، و إن بقی من لوازمها ما یمکن اشتراکهما فیه، لما قد عرفت أن متعلقها و المعقود علیه هو الأرض فلو اتفق اثنان علی المعامله فی مثل ذلک فی الأرض الخراجیه، فطریق الصحه الاشتراک فی البذر» إلی تمام ما ذکره من الحیل الشرعیه المفیده للاشتراک فی الحاصل، علی حسب ما یتفقان علیه بغیر طریق المزارعه.

و قد یناقش فیه بأن صیغه المزارعه التی هی زارعتک و سلمتک و نحوهما و حقیقتها- التی هی المعامله علی الأرض بالحصه من حاصلها- لا تقتضی اعتبار ملکیه

الأرض، لا عینا و لا منفعه، بل یکفی فیها الأولویه الحاصله فی أرض الخراج بالإحیاء أو بالتفویض، ممن هی فی یده من حاکم الجور أو الشرع أو غیر ذلک.

و من هنا جزم فی الکفایه بعدم اعتبار ذلک فی المزارعه، و ذکر جمله من النصوص الداله علی جواز مزارعه أرض الخراج، ک

صحیح الحلبی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام فی حدیث «سئل عن مزارعه أهل الخراج بالنصف و الثلث و الربع قال: نعم لا بأس به، قد قبل رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم خیبر أعطاها الیهود حین فتحت علیه بالخبر و الخبر هو النصف»

و

فی خبر الفیض بن المختار(۲)«قال قلت لأبی عبد الله علیه السلام:

جعلت فداک ما تقول فی أرض أتقبلها من السلطان ثم أو أجراها أکرتی علی أن ما أخرج الله تعالی منها من شی ء کان لی من ذلک النصف أو الثلث بعد حق السلطان قال: لا بأس به کذلک أعامل أکرتی.»

و

فی خبر یعقوب بن شعیب (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام «سألته عن الرجل له الأرض من أرض الخراج فیدفعها إلی الرجل علی أن یعمرها و یصلحها و یؤدی خراجها و ما کان من فضل فهو بینهما، قال: لا بأس- إلی أن قال:- و سألته عن المزارعه فقال: النفقه منک، و الأرض لصاحبها، فما أخرج الله من شی ء قسم علی الشطر، و کذلک أعطی رسول الله صلی الله علیه و آله یهود خیبر حین أتوه فأعطاهم إیاها علی أن یعمروها و لهم النصف مما أخرجت»

إلی غیر ذلک.

قلت: قد یقال: إن مراد الشهید ما لا ینافی شیئا مما سمعت، و ذلک لأنه لا یکاد ینکر ظهور ما ذکروه من تعریف المزارعه المزبوره و من صیغتها المذکوره فی کون الأرض مملوکه العین أو المنفعه أو الانتفاع، و الا لم یکن وجه للمعامله علیها بالحصه من حاصلها التی مقتضاها تسلیط العامل علیها بعوض هو الحصه من الحاصل، فهی حینئذ کالإجاره بالنسبه إلی ذلک، و إن اختلفت معها فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحکام المزارعه و المساقاه الحدیث ۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۵- من أبواب أحکام المزارعه و المساقاه الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل- ۱۰- من أبواب أحکام المزارعه و المساقاه الحدیث ۲.

الأجره بل هو معنى زارعتک على هـذه الأرض، أو سـلمتک إياها أو سـلطتک عليها بالحصه من حاصـلها، إذ لا معنى له بـدونه، فان المعاوضات التمليكيه لا يتصور فيها عـدم ملكيه العوضـين، أو أحدهما بأحد الوجوه التى ذكرناها، بل قد سـمعت ما فى خبر يعقوب المسؤول فيه عن المزارعه، فقال: «النفقه منک و الأرض لصاحبها فما أخرج الله تعالى من شـى ء قسم على الشطر» كغيره من النصوص الظاهره فى كون الأرض فى المزارعه مملوكه عينا أو منفعه أو انتفاعا، بمعنى اعتبار السـلطان على الأرض للمزارع، و أرض الخراج و إن كانت غير مملوكه العين ذاتا لكنها قد تملک منفعتها بالاستيجار من السلطان، الذى قد أجرى الشارع ذلک منه مجرى سـلطان العـدل أو بالتقبيـل أو غير ذلک مما يفيـد تمليک المنفعه أو الانتفاع، و كـذا من سـبق إليها فأحياها و قلنا: إنه بـذلک يكون أحق من غيره فى الانتفاع بها، فإنه فى الحقيقه مالک الانتفاع بها، و لـذا يصح له جعل مثل هذه الأحقيه ثمنا لمبيع و أجره فى الإجاره إذ هو كالتحجير و نحوه من الحقوق الماليه.

و على هـذا و نحوه خرجت نصوص مزارعه أرض الخراج، لا ما إذا لم يكن لأحدهما تسـلط على منفعتها، أو الانتفاع بها، فإنه لا خصوصيه لأحدهما على الآخر على وجه يكون أحدهما مزارعا و الآخر عاملا بل لا بد حينئذ فى إراده الاشتراک فى نمائها على التساوى، أو التفاضل، من الاشتراک فى البذر كذلک، أو غير ذلک من الوجوه و الحيل التى ذكرها فى المسالک مما هو منطبق على قواعـد الإجاره و الصـلح أو غيرهما، لا المزارعه لفقـد تسـلط أحدهما على الأرض الذى هو ركن فى المزارعه، كى يدفعها إلى الآخر بالحصه من حاصلها الذى قد عرفت أنه فى المعنى إجاره.

و بـذلک كله ظهر أنه لاـ وجه لمناقشـته بما عرفت، و بمخالفته للنصوص السابقه و دعوى ظهور كلامه فى اعتبار ملكيه العين فى المزارعه مقطوع بفسادها، فان القواعد و النصوص و الفتاوى صريحه فى خلافها، و يبعد خفاء مثل ذلک على مثل الشهيد.

نعم يبقى شـى ء، و هو أن قضيه مـا ذكرنا عـدم صـحه المزارعه على الأرض المسـتعاره و لو للزراعه على وجه يملك المسـتعير الحصه على المزارع، لعـدم الملك عينا و منفعه و انتفاعا، فإذا وقعت المزارعه منه حينئذ فهى فى الحقيقه للمالك، و إن قصد بها نفسه فـأرض الخراج التى يفوض أمرها الجائر مثلا إلى شـخص مثلا على أنها له إذا زارع عليها، لا يملك الحصه، ضـروره عـدم ملك العين أو المنفعه أو الانتفاع بذلك، بل تكون الحصه حينئذ للمسلمين، على فرض صحه المزارعه.

نعم إذا استمر الجائر على الإباحه إلى قبض الحاصل، كان الملك حينئذ بذلك، لا بالمزارعه، فتأمل جيدا.

و على كل حال ف هو أى عقـد المزارعه عقـد لازم بلا خلاف بل لعل الإجماع بقسـميه عليه، لقاعـده اللزوم المسـتفاده من آيه «أَوْفُوا» و غيرهـا ف لا ـ ينفسـخ حينئـذ اختيـارا إلا ـ بالتقايل المطلقه أدلته، أو باشتراط الخيار و نحوه. نعم قـد تنفسـخ قهرا بخروج الأرض عن الانتفاع و نحوه، و لا يبطل بموت أحـد المتعاقدين كغيره من العقود اللازمه، فإذا مات رب الأرض انتقل حكم العقد إلى وارثه، و إذا مات العامل قام وارثه مقامه، أو استؤجر من ماله- و لو الحصه المزبوره- على إتمام العمل.

و لكن فى المسالـك و غيرها أنه ربما اسـتثنى من ذلك ما إذا شـرط المالك على العامل العمل بنفسه، فإنها حينئـذ تبطل بموته، قال: «و يشـكل لو كان موته بعد خروج الثمره، لأنه حينئذ قد تملك الحصه و إن وجب عليه بقيه العمل، فخروجها عن ملكه بعد ذلك بعيد، نعم لو كان قبله اتجه».

قلت: قـد يقـال بـأن الملـك حينئـذ و إن حصـل، لكنه متزلزل إلى حصول تمـام العمل، نحو ملك العامل فى المضاربه فى بعض الأـحوال، بـل الظـاهر حينئـذ البطلاـن و الرجوع إلى أجره المثـل على فرض القول بـاحترام عمله فى هـذا الحال، و لا يقسط على الحصه، و إن قلنا به فى الإجاره على العمل المشروط فيه المباشره، لعدم ظهور

مقابله أجزاء العمل بأجزاء الحصه هنا، لا شرعا و لا قصدا بخلافه فی الإجاره، و إلا لاتجه حینئذ ملک بعض الحصه ببعض العمل قبل ظهور شی ء من الزرع، و هو معلوم البطلان کما هو واضح.

و کیف کان ف الکلام إما فی شروطه أی هذا العقد و إما فی أحکامه.

[أما الشروط]

اشاره

أما الشروط: فثلاثه

[الشرط الأول أن یکون النماء مشاعا بینهما]

الأول: أن یکون النماء مشاعا بینهما، تساویا فیه أو تفاضلا بلا خلاف علی ما فی الریاض، بل فی الغنیه الإجماع علیه، و إنه الحجه مضافا إلی قاعده الاقتصار علی المتیقن من النص و الفتاوی فی عقد المزارعه و المساقاه، المخالف لأصاله عدم الغرر، بل فی الصحیح (۱)«لا تقبل الأرض بحنطه مسماه، و لکن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به»

و فی المسالک فی تفسیر الشرط المزبور «أی یکون مجموع النماء بینهما مشاعا، فیخرج بذلک ما لو شرط أحدهما شیئا معینا، و الباقی للآخر أولهما، و ما لو شرط أحدهما خاصه و غیر ذلک، و الوجه فی بطلان الجمیع منافاته لوضع المزارعه».

قلت: لا خلاف و لا إشکال فی بطلان المزارعه مع عدم الإشاعه فی شی ء منها فلو شرطه أی النماء أحدهما لم یصح و کذا لو اختص کل واحد منهما بنوع من الزرع دون صاحبه کأن یشترط أحدهما الهرف أی المتقدم من الزرع و الأخر الأفل أی المتأخر منه أو ما یزرع علی الجداول بمعنی الأنهار الصغار أو ما یجمع حولها من التراب من قطع الأرض و الأخر ما یزرع فی غیرها أو نحو ذلک مما لا إشاعه فی شی ء منه بینهما.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحکام المزارعه الحدیث- ۳.

و أما إذا كانت الإشاعه فى الجمله محققه و لكن بعد استثناء شى ء معين كما لو شرط أحدهما قدرا من الحاصل و ما زاد عليه بينهما فإنه لم يصح أيضا عند المصنف و جماعه، بل ربما قيل: إنه المشهور، سواء كان مقدار البذر أو غيره لا لجواز أن لا تحصل الزياده فيبقى الآخر بلا شى ء، إذ يمكن فرضه فيما يكون الغالب عاده حصولها، بل لمنافاته الثابت من شرع المزارعه الذى هو كون النماء جميعه مشاعا بينهما، خلافا لما عن الشيخ و جماعه من جواز اشتراط مقدار البذر بل عن الفاضل جواز استثناء شى ء مطلقا، و رجحه فى الكفايه، و لعله للعمومات و الإطلاقات بعد منع ظهور ما دل على شرعيه المزارعه فى إشاعه جميع الحاصل بينهما بل ربما كان الظاهر منه خلاف ذلك، خصوصا إذا كان الاستثناء لأجنبى عنهما، و لعل منه استثناء قدر معين لخراج السلطان، كما أن من الأول استثناء مقدار ما يصرف على عمارتها أو لا ثم قسمه الحاصل بينهما.

بل لعل

خبر إبراهيم الكرخى (۱)كالصريح فى أن المدار على الشرط، قال:

«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أشارك العلج فيكون من عندى الأرض و البذر و البقر، و يكون على العلج القيام و السقى و الزرع حتى يصير حنطه أو شعيرا، و تكون القسمه فيأخذ السلطان حقه، و يبقى ما بقى، على أن للعلج منه الثلث، ولى الباقى قال: لا بأس بذلك، قلت: فلى عليه أن يرد على مما أخرجت الأرض البذر، و يقسم ما بقى، قال: إنما شاركته على أن البذر من عندك، و عليه السقى و القيام».

كظهور

خبر يعقوب بن شعيب (۲)فى استثناء غير ذلك «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها و يصلحها، و يؤدى خراجها، و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس»

إلى غير ذلك من النصوص على اختلافها فى الظهور و الاشعار بجواز ذلك الذى هو فى

الحقيقه لا ينافى الإشاعه، خصوصا إذا كان لأجنبى، و إن نافى كونه بينهما.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه، الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث- ۲-.

و من الغريب بعد ذلک کله ما فی الرياض حيث أنه بعد أن حکی عن الکفايه ترجيح ذلک استنادا إلی قوله تعالی (۱)«إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ» قال: «و هو کما تری، إذ ليس المستفاد منه إلا الجواز مع الرضا، و هو لا يستلزم اللزوم مع فقده و لو بعدها، کما هو المدعی، مع أنه مخصص بما مضی، مضافا إلی ما دل (۲)علی النهی عن التجاره المتضمنه للغرر، و الجهاله، و منها مفروض المسأله کما مر إليه الإشاره، و به صرح فی الغنيه، فقال، بعد الاستناد إلی الإجماع: و لعله لا يسلم إلا ما قد عينه، فيبقی رب الأرض و النخل بلا شی ء و قد يعطب إلا غله ما عينه، فيبقی العامل بلا شی ء.

إذ لاـ يخفی عليک ما فيه من عدم انحصار الدليل فی الآيه التی يکفی فی المطلوب دلالتها علی الجواز و المشروعيه، و اللزوم يستفاد حينئذ من آيه(۳)«أَوْفُوا» و غيرها و ليس فيما مضی ما يصلح مخصصا، إذ ليس إلا دعوی شرعيتها علی خلاف ذلک، و قد عرفت منعها علی مدعيها، و أن الإطلاقات و العمومات تکفی فی إثبات شرعيتها علی الوجه المزبور، و لا

نهی عن مطلق الغرر علی وجه يشمل هذه المعامله التی هی مبنيه عليه.

و ما فی الغنيه ظاهر فی استثناء قطعه من الأرض يختص بها العامل أو رب الأرض، و هو غير ما نحن فيه من اشتراط مقدار معين کلی من الحاصل، لأحدهما الذی قد عرفت عدم منافاته للإشاعه، حتی لو کان لأحدهما، بناء علی أنه کاستثناء الأرطال المعلومه فی بيع الثمار، مع أنه قد يمنع عدم جواز ذلک أيضا، إذا کان بطريق الشرط خارجا عن أرض المزارعه، لعموم الأدله و إطلاقها، و لعل منه ما فی أيدی الناس الان من اشتراط الشکاره المختصه بالسر کار أو الفلاح أو غيرهما، و من ذلک کله يظهر الوجه فيما ذکره المصنف بقوله.

۱- ۱ سوره النساء الآيه- ۲۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴۰- من أبواب آداب التجاره الحديث- ۳-.

۳- ۳ سوره المائده الآيه- ۱-.

أمـا لو شـرط أحـدهما على الأـخر شـيئا يضـمنه له من غير الحاصـل مضافا إلى الحصه من ذهب أو فضه أو غيرهما قيل: و القائل المشـهور يصح بل لعل عليه عامه من تأخر بل قد يشـعر ما فى المسالك و محكى غيرها بعدم الخلاف فيه، حيث لم يعلما القائل بالاخر و ان قال المصـنف قيل: يبطل و على كل حال لا ريب فى أن الأول أشـبه بأصول المـذهب و قواعده، بل فى المفاتيح فى بعض الأخبار عليه دلاله، قيل: و لعله ما أشار إليه فى الكفايه من بعض

المعتبره(۱)«عن الرجل يزرع له الحراث الزعفران و يضمن له أن يعطيه فى كل جريب

أرض يمسح عليه وزن كذا و كذا درهما، فربما نقص و غرم، و ربما استفضل و زاد، قال:

لا بأس إذا تراضيا»

هذا.

و لكن فى المسالك «إن قراره حينئـذ مشـروط بالسـلامه كاسـتثناء أرطال معلومه من الثمره فى البيع، و لو تلف البعض منه سـقط منه بحسابه، لأنه كالشريك و إن كان حصته معينه».

قلت: قد يشكل ذلك بمنافاته لعموم ما دل على لزوم الشرط بعد فرض كونه فى الذمه، و بذلك يفرق بينه و بين استثناء الأرطال التى هى بعض المبيع، و لا مناص عن كونه حينئذ كالشريك.

نعم قد يتم ذلك فى المسأله الأولى التى هى اشتراط قدر معين من الحاصل، و لعله المراد لثانى الشـهيدين، و إن توهم بعض من تأخر عنه أن مراده الأخير و تبعه عليه، إلا أنه كما ترى لا وجه له، بل لعل فى الحكم بالسـقوط منه بحسابه فى المفروض اشكالا، عملا بالشرط الموافق لتعليل المنع فى المتن و غيره، و إن كان هو الأقوى ما لم يعلم إراده خلافه من الشرط.

و تكره إجـاره الأـرض المزارعه حنطه بـالحنطه أو شـعيرا ب الشـعير مع ضـمان ذلك فى الـذمه، و أما إذا كان مما يخرج منها و يحصل فيها مشخصا للثمن بذلك ف المنع أشبه (۱۱) بأصول المذهب و قواعده، ضروره اعتبار ملكيه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ۱-.

الأجره التی هی عوض المنفعه المملوکه خارجا أو ذمه، و لا شی ء منهما فی الفرض.

و من ذلک یعلم عدم الفرق بین تشخیص کونه منها، أو من أرض أخری، و لا بین استیجارها بجنس ما یرید زرعه فیها و غیره.

و إلی ما ذکرنا أشار

الصادق علیه السلام فی خبر أبی بصیر(۱)لا تؤاجر الأرض بالحنطه و الشعیر و لا بالتمر و لا بالأربعاء و لا بالنطاف، و لکن بالذهب و الفضه، لأن الذهب و الفضه مضمون، و هذا لیس بمضمون»

بناء علی إراده عدم إجارتها بذلک إذا کان منها حتی یصح التعلیل فیه، بل منه یعلم کونه المراد من غیره من الأخبار المشتمله علی النهی عن إجارتها بالحنطه و الشعیر من دون تعلیل، خصوصا مع ملاحظه العاده فی ذلک.

مضافا إلی خصوص

خبر أبی برده(۲)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن إجاره الأرض المحدوده بالدراهم فقال: لا بأس قال: و سألته عن إجارتها بالطعام فقال: إن کان من طعامها فلا خیر فیه».

و خبر الفضیل بن یسار(۳)«سألت أبا جعفر علیه السلام عن إجاره الأرض بالطعام قال: إن کان من طعامها فلا خیر فیه»

و المناقشه فی السند أو الدلاله مدفوعه بالانجبار بالشهره العظیمه، بل لم أجد

مخالفا صریحا، إلا ما یظهر من المصنف فی النافع.

مؤیدا ذلک کله

بالحسن (۴)«عن رجل اشتری من رجل أرضا جریانا معلومه بمأه کر علی أن یعطیه من الأرض قال حرام»

بناء علی عدم ظهور الفرق بین ثمن المبیع و الأجره، هذا کله إذا شخص الثمن بذلک.

أما لو جعله فی الذمه و لکن شرط الأداء منها أو من أرض معینه أخری فلا یبعد الجواز، للعمومات، و یجری علیه حکم الشرط حینئذ، مع احتمال البطلان فیه، عملا بما سمعته من النصوص فی خصوص هذا الشرط.

و أما إذا لم یذکر لا مشخصا و لا شرطا فلا ریب فی أن الأصول و العمومات تقتضی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحکام المزارعه الحدیث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحکام المزارعه الحدیث ۹.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٦- من أبواب أحكام المزارعه الحديث ٥.
٤- ۴ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب بيع الثمار الحديث- ٢.

الجواز، مضافا إلى التعليل و المفهوم من الأخبار السابقه الحاكمين على إطلاق غيرها من النصوص الذى قد عرفت مع ذلك انسياقه إلى إراده ما يخرج منها، من غير فرق فى ذلك بين كون الأجره من جنس ما يزرع فيها، و غيره.

خلافا لبعض فمنع منه مع كونها من جنس ما يزرع فيها ل

صحيح الحلبى (۱)عن الصادق عليه السلام «لا تستأجر الأرض بالحنطه ثم تزرعها حنطه»

و فيه مع عدم وفائه بتمام المدعى- أنه يمكن حمله على إراده ما إذا كان منها، بل لعله لا يخلو من إيماء إليه، أو يحمل النهى فيه على الكراهه.

لكن فى المسالك. «فيه نظر لأن النهى فيه مطلق، و لا منافاه بينه و بين تحريم شرطه من طعامها حتى يجمع بينهما بحمله، و التحقيق أن المطلق و المقيد متى كانا منفيين لا يلزم الجمع بينهما، بل يحمل المطلق على إطلاقه، بخلاف المثبت و بملاحظه ذلك يخرج فساد كثير مما قررناه فى مثل هذا الباب، و قد مضى مثله فى النهى عن بيع الطعام قبل قبضه مع ورود نص آخر بتحريم بيع المكيل و الموزون كذلك، حيث جمع الأكثر فيهما بحمل المطلق على المقيد، و ليس بشى ء و تحقيق ذلك فى الأصول، مع أنه يمكن حمل الخبر الأول على الإطلاق كالثانى، بأن يريد بكونه من طعامها أى من جنسه، و يؤيده ظهور الكراهه منه، و لو كان من نفسه لكان اللازم التصريح بالمنع، فان عدم الخير لا يبلغ حد المنع فان المباح و المكروه لا يوصف بالخير و لا يفيده، و بينه و بين الشر واسطه، و أما النهى فالأصل فيه التحريم، فحمله على الكراهه بغير دليل أمر غير حسن، و قول ابن البراج بالمنع مطلقا لا يخلو من قوه، نظرا إلى الروايه الصحيحه إلا أن المشهور خلاف قوله».

قلت: فيه ما لا يخفى عليك ضروره كون التعارض بينهما بمفهوم الشرط الذى هو بحكم المنطوق، و قد تقدم الكلام فى مسأله بيع الطعام قبل قبضه، و الجمع بما عرفت أولى مما ذكره من وجوه أحدها الاعتضاد بالشهره العظيمه، و ما

قد تقدم من تعليل المنع، و بالحسن المزبور، و بغير ذلك مما عرفته على وجه كشف عن إراده ذلك

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ۳.

من المطلقات أجمع، حتى الخبر المزبور، بشهاده ما فى بعضها من التعليل الذى لا ينطبق إلا على إراده ما إذا كان منها، فلا محيص للفقيه حينئذ عن ذلک.

و قد ظهر من جميع ما قررنا وجه الحكم بالحرمه فيما إذا كان منها، بل أو من غيرها المعين، و عدمها فيما إذا لم يكن من جنس ما تزرع فيه، كما لو استأجرها بشعير فى الذمه و زرعها حنطه، بلا خلاف و لا إشكال، و أن الأصح عدمها أيضا فيه، و إن كان هو مكروها للصحيح السابق، بل لا يبعد القول بالكراهه فى مطلق استيجارها بالطعام بناء على التسامح فيها فيكفى حينئذ احتمال ارادته من المطلقات و الله العالم.

و كذا يكره أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به، إلا أن يحدث فيها حدثا أو يؤجرها بجنس غيره عند جماعه، بل المشهور لكن قد أشبعنا الكلام فى ذلک فى كتاب الإجاره، فلاحظ و تأمل.

[الشرط الثانى تعيين المده]

الشرط الثانى تعيين المده بلا خلاف معتد به، بل لعل الإجماع عليه بناء على عموم النهى عن الغرر، و وروده على أدله المقام و لو لرجحانه عليها، لكون المزارعه كالإجاره فى المعنى، لا كالقراض الذى هو عقد جائز لا فائده لضرب الأجل فيه بالنسبه إلى جواز الفسخ، و احتمال المزارعه الغرر بالنظر إلى الحصه لا يقتضى احتمالها إياه من غير هذه الجهه، و كون الزرع له أمد، لا يكتفى به فى تعيين الأجل بعد فرض اعتباره، كما فى غيرها من الإجاره و نحوها.

مضافا إلى

خبر أبى الربيع الشامى (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام «سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبلها فأى وجوه القباله أحل قال: يتقبل الأرض من أربابها بشى ء معلوم إلى سنين مسماه فيعمر و يؤدى الخراج فان كان فيها علوج فلا يدخل العلوج فى قباله الأرض فإن ذلک لا يحل»

بناء على إراده المزارعه من القباله فيه أو ما يشملها.

و منه يعلم وجه دلاله

صحيح الحلبى (۲)عنه أيضا «أن القباله أن تأتى الأرض

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب أحكام المزارعه الحديث ۴ باختلاف يسير.

الخربه فتقبلها من أهلها عشرين سنه أو أقل من ذلک أو أکثر فتعمرها و تؤدی ما خرج فلا بأس به»

بـل صـرح جمـاعه بوجوب کون المـده فیها مما یعلم فیها إدراک الزرع و لو من جهه العاده، لأن إدراک الزرع هو الملحوظ فی المزارعه بـل هو رکنهـا الأعظم حتی أنه ظن من جعل ذلک هو المـدار من بعض النصوص عـدم اعتبار المـده فی المزارعه و أن إدراک الزرع هو الغایه فیها.

قال إبراهیم الکرخی (۱)«قلت لأبی عبـد الله علیه السـلام: أشارک العلـج فیکون من عنـدی الأرض و البذر و البقر و یکون علی العلج القیام و السقی و العمل و الزرع حتی یصیر حنطه أو شعیرا و یکون القسم فیأخذ السلطان حقه و یبقی ما بقی علی أن للعلج منه الثلث ولی الباقی قال: لا بأس»

و إن کان المراد منه أن ذلک یکون من العلج حتی یدرک الزرع الذی هو المراد من المزارعه، و لو مع ذکر المده التی یبلغ فیها الزرع، و حینئـذ فلا یجـدی المـده القلیله التی یعلم قصورها عن الإدراک فیها، و احتمال التراضـی- بعـدها مع عدم لزومه علیهما غیر مجـد بـل و معه کمـا لو اشترط فی عقـد لازم لکنه خلاف المعلوم المعهود من المزارعه المشـروعه، بـل لعـل مـا توهم منه الخلاف فی ذلک کالمتن و نحوه مما أطلق فیه ذلک یمکن دعوی انسیاقه إلی إراده المـده التی یـدرک فیها الزرع من المـده التی اعتبروهـا شـرطا نعم ذلـک متجه فی الإجـاره التی لم یکن مبناهـا و لا المقصود منها إدراک الزرع، لاحتمال إراده قصـیله و نحوه.

و کیف کان فبناء علی ما ذکرنا إذا شرط مده معینه بالأیام أو الأشهر و السنین و نحو ذلک

علی وجه یـدرک فیه الزرع صـح لما عرفت و أما لو اقتصـر علی تعیین المزروع من غیر ذکر المـده ف فی الاکتفاء بـذلک عنها وجهان:

أحدهما یصح لأن لکل زرع أمدا معتادا فیبنی حینئذ علی العاده کالقراض و یکتفی به عن ذکر المده.

و الآخر یبطل، لأنه عقد لازم فهو کالإجاره فیشترط فیه تعیین المده دفعا للغرر، لأن أمد الزرع غیر مضبوط، و هو مع عدم خلاف محقق فیه أشبه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحکام المزارعه الحدیث- ۱.

بأصول المـذهب و قواعده بعد القول باعتبار المده التى من المعلوم عدم الاكتفاء بمثل ذلك فى جميع ما اعتبرت فيه من الإجاره و غيرها، و قد عرفت الفرق بينها و بين القراض، كما أنك قد عرفت الشبه بينها و بين الإجاره.

و على كـل حـال ف لو مضت المـده و الزرع بـاق، كان للمالک إزالته على الأشـبه بأصول المـذهب و قواعـده التى منها قاعـده «تسـلط الناس على أموالها» «و عـدم حل مال المسـلم إلا بطيب نفسه» ضـروره عـدم حق للزارع بعد المده التى ذلک فائده جعلها غايه.

سواء كـان بسـبب الزارع كالتفريط أو من قبل الله سـبحانه كتأخير المياه أو تغير الأهويه و ملحوظيه إدراک الزرع لهما و ضـربهما المده المذكوره لزعم إدراكه فيها لا يقتضـى اسـتحقاق بقاء الزرع بعد المده فما عن بعض- من أنه ليس له الإزاله لأنه قد حصل فى الأـرض بحق، فلم يكن للمالـک قلعه، و لأـن للزرع أمـدا معينـا غير دائم الثبات، فإذا اتفق الخلل لا يسـقط حق الزارع كما لو اسـتأجر مـده للزرع فانقضت قبل إدراكه- واضح الضـعف، إذ الحق كان إلى غايه، فلا حق له حينئذ بعدها، و إن كان للزرع أمد معين بل و إن كان قصيرا كوضوح المنع فى المقيس عليه من الإجاره التى هى أولى بالحكم مما هنا.

اللهم إلاـ أن يقـال: إن الغـايه هنا للمزروع لا للمزارعه، و لـذا يبقى حكمها من الحصه فيما بعـد الغايه، و حينئـذ فالمراد أن الزرع الـذى غـايته كـذا عـاده متعلق المزارعه، و ذلـک كـاف فى رفع الجهـاله، فإذا اتفق الخطاء بقيت المزارعه على حالها من اللزوم، فليس له الإزاله حينئذ.

نعم قـد يقـال: إن له الأـجره لما بقى من المـده على ما يخص الزارع، مع احتمال الأجره للجميع، لاسـتحقاق المالک عليه عوض المنفعه الأـولى فى الأـرض الحصه فى الزرع فكل مقـدمه يحتاج إليها حينئـذ الزرع تراد من العامل، خصوصا إذا كان التأخير منه لتقصير، و فيه أنه خلاف ظاهر المده المضروبه التى هى مساويه

لمده الإجاره من الإتيان بها لرفع الجهاله و الغرر فی عقد المزارعه، هذا.

و لکن فی القواعد «الأقرب أن للمالک الإزاله مع الأرض، أو التبقیه مع الأجره سواء کان بسبب الزارع کالتفریط بالتأخیر أو من قبل الله تعالی کتغیر الأهویه و تأخیر المیاه».

و فیه أولا أن المناسب لما ذکره فی الإجاره- من عدم جواز القلع لو تأخر إدراک الزرع عن مده الإجاره لا بتفریط الزارع- عدم جواز القلع مع عدم التفریط هنا، إذ المزارعه أولی لأن الأصح جواز استیجار الأرض مده لزرع لا یدرک فیها، بخلافه هنا.

و ثانیا: أن المتجه علی الجواز اختصاص هذا القسم بوجوب الأرش دون ما إذا کان التأخیر بتفریطه.

و ثالثا: أنه لا بد من تقیید قوله «أو التبقیه بالأجره» بکون ذلک مع رضی العامل، لامتناع إلزامه بإثبات عوض فی ذمته من دون رضاه، و حینئذ لا وجه لإدخاله فی حیز الأقرب، ضروره کونه قطعیا علی فرض رضاه، ثم إن الواجب هو أرش زرع العامل، دون المالک، فان کان البذر منه و قلنا إنه ینمو علی ملکهما کما هو الظاهر و من ثم قلنا بوجوب الزکاه علی کل منهما إذا بلغ نصیبه نصابا فمقدار حصه المالک لا یجب أرشه و لو قلنا بأنه ینمو علی ملک العامل فأرش الجمیع، و منه یعلم حکم ما إذا کان البذر من المالک أو منهما، و متی قلع المالک فالمتجه وجوب أجره المثل لتلک الأرض له علی العامل إذا کان التأخیر بتفریطه، و لا نفع للعامل، لتضییعه منفعه الأرض علی المالک.

«قیل و لو أفضی تفریطه بالتأخیر إلی نقص الحاصل نقصا فاحشا مخالفا للعاده، فلیس ببعید وجوب أکثر الأمرین للمالک من الحصه و أجره المثل».

قلت: یشکل انطباقه علی قاعده شرعیه یعول علیها، و الاعتبار بمجرده لا یصلح مدرکا. نعم یتجه فی الأول أجره المثل التی هی الضابط فی کل منفعه تفوت علی مالکها، و الفرض عدم التمکن من معرفه الحصه التی کان یقتضیها عقد المزارعه،

و فى الثانى أرش الحاصل إن أمكن، هذا كله فى المالك.

أما العامل فلا أجره له على المالك و إن كان التأخير من الله سبحانه، قيل:

إلا إذا حكمنا بجواز القلع، فان المتجه وجوب أجره المثل عليه، لتضييع منافعه مع احتمال الاكتفاء بوجوب الأرش عنها.

قلت مضافا إلى عدم ضمان منفعه الحر بمثل ذلك، و اعلم أن الأرش هو تفاوت ما بين قيمته باقيا بالأجره، و قيمته مقلوعا، و يحتمل أن يلحظ فى القيمه استحقاقه للقلع، إذا المراد بالأرض عوض نقصان ماليته باعتبار حالته التى هو عليها، و منها كونه مستحق القلع بالأرش، إذ ذلك من جمله أوصافه اللازمه له.

لكن فى المسالك «انه لا يخلو من دور» و فيه أنه ليس المقام مقام دور، فمع فرض مدخليه ذلك فى قيمته يتجه ملاحظته، و إلا كما هو الظاهر فلا، و الله العالم.

و كيف كان ف ان اتفقا على التبقيه جاز بعوض و غيره بلا خلاف و لا إشكال لأن الحق لا يعدوهما لكن إن شرط رب الأرض عوضا معينا افتقر فى لزومه بعقد الإجاره إلى تعيين المده الزائده و اما الصلح فيقوى جوازه، و إن لم يعين المده كما أنه تلزمه أجره المثل إن لم يعين العوض الذى قد اتفقا عليه كما هو واضح بل لعل الحكم كذلك حتى على القول بوجوب البقاء، فإن الأقوى استحقاقه الأجره على ذلك فيتجه حينئذ ما عرفت و الله العالم.

و على كل حال ف لو شرط فى العقد تأخيره إن بقى بعد المده المشترطه، بطل العقد على القول باشتراط تقدير المده فإنه لا تقدير حينئذ، إذ المده هى مجموع المذكور منها، و المشترط المفروض عدم تقديره، بل الظاهر كفايه الجهل فى المده المشترطه خاصه فى بطلان العقد.

لكن فى المسالك «احتمال الصحه، لأن المده مضبوطه، و ما تضمنه الشرط بمنزله التابع ذكر احتياطا لاحتمال الحاجه، و جهاله التابع غير مضره كما تقدم غير مره» و فيه ما لا يخفى، بل قد يقال بالبطلان حتى مع تعيين المده المشروطه، للتعليق، و للجهاله، و لو باعتبار الترديد بين المدتين.

نعم يمكن الصحه باشتراط البقاء مده معينه على كل حال، لإراده الاستظهار من دون تعليق له على بقائه بعد المده غير مدرك، كما أنه يمكن القول بالصحه بناء على أن المانع الجهاله، لا التعليق، بتنزيل إراده أصل ثبوت استحقاق الإبقاء و لو بالأجره بالشرط المزبور، إذ مرجعه إلى اشتراط عدم القلع عليه، أو ما يقرب من ذلك مما لا إشكال فى صحته، و إن وجب التراضى حينئذ بعد ذلك على تقديرها مع إراده الإجازه الصحيحه أو أجره المثل أو غير ذلك فتأمل جيدا فإنه دقيق.

و لو ترك الزراعه حتى انقضت المده لزمه أجره المثل، و لو كان استأجرها لزمته الأجره لوضوح الفرق بينهما، بتعذر معرفه المسمى فى الأول و لذا وجب الرجوع إلى أجره المثل، بخلافه فى الأجره، و الظاهر اختصاص المالك بها، لا أنها تكون هى الحاصل، فيجرى عليه حكم ما اشترطاه فى المزارعه من النصف أو الثلث، ضروره أن ذلك فى الحاصل من العمل و الأرض، و الفرض عدم العمل منه أصلا فلا وجه لاستحقاقه فيما يقابل منفعه الأرض.

و كيف كان فهذا مع تمكين المالك له منها، و تسليمه إياها، و إلا لم يستحق عليه شيئا لأن المنع من قبله، بل قد ينساق أن للعامل عليه أجره المثل، حيث أنه فوت عليه المنفعه المستحقه له، و عدم العمل منه الذى هو المقابل لمنفعه الأرض إنما كان بتفريط المالك و تضييعه، فهو حينئذ كما لو استوجر على عمل فى مده فبذله الأجير و لم يستوفه منه المستأجر فتأمل.

و على كل حال فحيث يلزم ضمان الأجره قال فى المسالك «يلزمه أرشها لو نقصت بترك الزرع كما يتفق فى بعض الأرضين لاستناد النقص إلى تفريطه كما قال فيها و هل يفرق فيها بين ما إذا ترك العامل الانتفاع اختيارا أو غيره ظاهرهم عدمه، و لا يبعد الفرق، لعدم التقصير فى الثانى خصوصا فى الأرش، و مقتضى العقد لزوم الحصه خاصه، و لم يحصل منه تقصير يوجب الانتقال إلى ما لا يقتضيه نعم يتوجه الحكم مطلقا فى الإجاره، لأن حق المالك هو الأجره عوضا عن منفعه العين تلك المده، فإذا فاتت المنفعه فإنما ذهبت على مالكها، و هو المستأجر أما المؤجر

فلا حق له فيها، إنما حقه فى الأجره و لم تفت».

قلت: لا إشكال فى الفرق بين الإجاره و المزارعه بذلك، بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعدم وجوب أجره المثل حتى فى صوره التفريط، ضروره عدم بطلان العقد بذلك، و هو إنما يقتضى الحصه المعدومه التى ليست بمضمونه فى الذمه، كما سمعته فى مسأله الإجاره بشى ء معين من حاصلها، و من الممكن عدم حصولها حتى لو زرع و لم يقصر فالرجوع منهما حينئذ إلى أجره المثل مما لا يرجع إلى قاعده، ضروره عدم العدوان فى يده، حتى يندرج فى

عموم «على اليد»

و عدم صدق إتلاف مال الغير، لان عقد المزارعه جعله بحكم ماله، لا مال الغير.

نعم إنما يجب عليه الاستنماء و تسليم الحصه، و ذلك إنما يترتب عليه الإثم لا الضمان، و قاعده «لا ضرر و لا ضرار» لا يستفاد منها الضمان، و لكن ترفع اللزوم، فيتسلط على الخيار، و حينئذ تكون كالمضاربه التى يترك العامل فيها العمل بلا فسخ لها.

و كذلك الكلام فيما لو كان التقصير من صاحب الأرض بعدم تسليمها إلى المزارع، بل عدم الضمان فيه أولى، لعدم صيروره منفعه الأرض ملكا له بعقد المزارعه حتى تكون يد المالك عليها عاريه يترتب عليها الضمان، و الضرر عليه بفوات انتفاعه بنفسه مثلا لا يقتضى الضمان، لأن منافع الحر لا تضمن بذلك و من ذلك كله يظهر لك الحال حتى فى الحكم بضمان النقص الذى يلحق الأرض بعدم زرعها فان ذلك من أحكام يد الضمان التى ليست هذه اليد منها فتأمل جيدا و الله العالم.

[الشرط الثالث أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها]

اشاره

الشرط الثالث: أن تكون الأرض التى تقع المزارعه عليها مما يمكن الانتفاع بها فى ذلك بان يكون لها ماء و لو تقديرا إما من نهر أو بئر أو عين أو مصنع أو غير ذلك حتى الغيث فان لم يمكن الانتفاع بها فى ذلك لعدم إمكان الماء لها لم تصح المزارعه عليها، للأصل بعد معلوميه إراده غيرها من العمومات و الإطلاقات بل هى من معاملات السفه فى نظر العقلاء فحينئذ لو أوقعها على أرض هى كذلك حال العقد فاتفق تجدد قابليتها لم يجد ذلك العقد، و احتمال الاكتفاء بحالها فى الواقع

المستور عليها ممكن، إلا أن الأظهر خلافه.

نعم قد يقال بالصحه على الأرض التى هى حال العقد قابله لذلك، إلا أنه لم يعلم المتعاقدان بها فانكشف حالها بعد ذلك، لكن لا يخفى عليك أن مقتضى ما سمعته من الدليل مانعيه عدم قابليتها للانتفاع بذلك للصحه، لا اعتبار الإمكان، و تظهر الثمره فى المزارعه على الأرض التى لها ماء نادرا، و إن تردد فى ذلك فى التذكره من عدم التمكن من إيقاع ما وقع عليه العقد غالبا، و من إمكان الوقوع و لو نادرا، إلا أن المتجه الصحه، بناء على ما ذكرنا للعمومات، و لعل هذا الشرط هنا كشرط القدره على التسليم فى البيع الذى قد أطنبنا فيه فى محله، و كثير من مباحثه تأتى هنا بأدنى التفاوت فلاحظ و تأمل هذا.

و لكن فى الإرشاد «و لو زارع على ما لا ماء له بطل إلا مع علمه» و مقتضاه الصحه مع العلم إلا أن الظاهر إرادته عدم الماء فعلا، و إن كان يمكن بحفر بئر مثلا- لا أن المراد الصحه على ما لا يمكن الانتفاع بها للزرع الذى من الواضح عدم صحه المزارعه عليها، بل لا يطابق ما اعترف به هو و غيره من الشرط الثالث، إلا أن المتجه حينئذ على هذا التنزيل الخيار مع الجهل، كما تسمعه منه فى القواعد و من المصنف فيما يأتى، لا البطلان، كأنه لم يفهم منه ذلك فى الرياض، حيث أنه بعد أن ذكر الشرط المزبور قال: «لا خلاف فى اشتراطه فى الجمله و إن اختلفوا فى متعلق الشرط هل هو الصحه مطلقا كما هو ظاهر العباره. فيبطل العقد مع عدمه مطلقا، و لو مع العلم بفقده ابتداء، أو عدمه بعد وجوده، أو فى صوره الجهل بعدمه حين العقد خاصه كما هو ظاهر الفاضل فى الإرشاد حيث حكم بالبطلان بعدمه إلا- مع العلم به، أو اللزوم فى صوره الجهل خاصه، فللعامل الخيار فيها بعد العلم، و أما صوره العلم ابتداء بعدمه حين العقد فليس بشرط أصلا بل يلزم فيها كما هو صريح القواعد، و وجهه كالسابق غير واضح بعد ما قررناه، سيما هذا و حمل على محامل- مع بعدها- لا تنطبق على شى ء مما قدمناه من الأدله.

قلت: سمعت عباره الإرشاد، و ما يمكن تنزيله عليه، و كذا عباره القواعد

التی هی: «الثالث: إمکان الانتفاع بالأرض فی الزرع بأن یکون لها ماء إما من عین أو بئر أو نهر أو مصنع، و کذا التی أجرها للزرع و لو زارعها أو أجرها له، و لا ماء لها تخیر مع الجهاله، لا مع العلم، لکن فی الأجره یثبت المسمی» ضروره استبعاد إرادته الصحه مع العلم بعدم إمکان الانتفاع بها فی ذلک، بعد أن ذکر ذلک عقیب اعترافه بالشرط الثالث.

نعم إنما الکلام فی قول المصنف و غیره و لو انقطع الماء فی أثناء المده فللمزارع الخیار، لعدم الانتفاع، هذا إذا زارع علیها أو استأجرها للزراعه، و علیه أجره ما سلف، و یرجع ب أجره ما قابل المده المتخلفه من وجوه أحدها:

أن المتجه البطلان إذا خرجت بانقطاع الماء عن قابلیه إمکان الانتفاع بها للزرع، لا الخیار، ضروره اتحاد المدرک لشرطه ابتداء و استدامه، و حمله علی إراده انقطاع الماء المعد لها الذی قدم علیه المزارع، لا مطلق الماء حتی حفر بئر جدید لها مثلا جید، ضروره إیجاب مثله الخیار فی باقی العقود اللازمه، لقاعده

«لا ضرر و لا ضرار»

و غیرها، إلا أنه ینافیه ما ذکر أخیرا من وجوب الأجره علیه لما سلف من المده مع الفسخ، فان ذلک لا یتجه فی المزارعه التی کان الفسخ فیها من عدم إمکان الإکمال، و لیس لها أجره مسماه، بل الحصه من الحاصل الذی تعذر، اللهم إلا أن یجعل ذلک فی الإجاره خاصه، بقرینه قوله «و یرجع» إلی آخره، فإنه لا یتصور فی المزارعه.

نعم لا۔ یتجه ذلک فی مثل عباره اللمعه التی هی لم یذکر فیها غیر المزارعه، قال: «و لو انقطع فی جمیع المده انفسخت، و فی الأثناء یتخیر العامل، فان فسخ فعلیه بنسبه ما سلف» و کذا الإرشاد، و إن أمکن توجیهه بأنه مع فرض عدم خروجها عن قابلیه الانتفاع، لإمکان استنباط ماء جدید لها یکون إتلاف منفعه الأرض باختیاره الفسخ، خصوصا مع بذل المالک لما یأتی به الماء، فیضمنها کالإجاره و ان اختلفا فی التقسیط باعتبار المسمی، و أجره المثل، کما أنه یتجه ضمانه- فی صوره تجدد عدم قابلیتها للانتفاع بالزرع أصلا لأجره المثل عما سلف من المده، بناء علی

اقتضاء ذلک الانفساخ من الأصل، بمعنی ظهور بطلان المزارعه من أول الأمر، لکون المنفعه فی یده مضمونه، و لو بالحصه التی مع بیان عدم إمکانها یقوم مقامها أجره المثل، فان ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده، و احتمال إراده الفاضل و الشهید ذلک ینافیه تصریحهم بالخیار المقتضی لوجود الصحه فعلا فتأمل. فإنه بما ذکرنا اتضح لک الحال فی جمیع صور المسأله فی المزارعه و الإجاره للزراعه التی هی مثلها فی الحکم إذا أخذت الزراعه موردا لها.

اما إذا کانت داعیا لکون الأرض معده لذلک، و معظم ما یراد منها ذلک، فاتفق تعیبها فی الأثناء، و خروجها عن القابلیه لتعذر الماء مثلا، فالمتجه الخیار أیضا، لقاعده الضرر، و إمکان الانتفاع بها فی غیر تلک المنفعه لا ینافیه، و إن قابلت نفع الزراعه إلا أنه قد حصل موجب الخیار بنقص الأرض عن الحال التی أقدم علیها به، و استأجرها له، و ربما تأتی لذلک تتمه إنشاء الله هذا.

و من الغریب ما فی جامع المقاصد من قوله «اعلم أن قول المصنف «لا مع العلم» یرید به عدم بطلان المزارعه و الإجاره للزرع مع العلم بأن الأرض لا ماء لها، و هو صحیح علی القول بجواز التخطی إلی غیر المنفعه المشروطه مما یکون مساویا أو أقل ضررا، و حینئذ فلا شی ء للمالک فی المزارعه، لعدم إمکان الانتفاع الذی حصول الحصه المشترطه متوقف علیه، أما فی الإجاره فیجب علیه المسمی لصحه الإجاره، و علی البطلان فلا یجب علیه شی ء» إذ لا یخفی علیک عدم احتمال ذلک فی المزارعه التی وقع عقدها علی الزرع، و کذا الإجاره التی فرض موردها الزرع، و أن المتجه وجوب اجره المثل مع البطلان من رأس، کما عرفت حتی فی المزارعه.

و کیف کان ف إذا أطلق المزارعه زرع العامل الذی هو المخاطب بالزرع و مراد منه العمل ما شاء من أفراد الزرع التی ینصرف إلیها الإطلاق ضروره کون هذا المطلق کغیره من المطلقات فی الانصراف إلی المعهود المتعارف إن کان، و عدمه، فما وقع من بعض الناس هنا مما ینافی ذلک فی غیر محله.

نعم فی المسالک «إنما یتم ذلک، أی تخییر العامل إذا کان البذر من عنده أما لو کان من عند صاحب الأرض فالتخییر إلیه بطریق أولی، لا إلی المزارع» و فیه: أنه لا منافاه بینهما بعد فرض ظهور الإطلاق فی ذلک، و أنه المخاطب المأمور بالزرع.

و علی کل حال فالتخییر مع الإطلاق لصلاحیه کل فرد من الأفراد التی ینصرف إلیها الإطلاق لوجوده فی ضمنه، و أصرح من ذلک التعمیم، لکن عن التذکره أنه قوی وجوب التعیین مع الإطلاق، لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات، فیلزم من ترکه الغرر بخلاف العموم الدال علی الرضا بالأضر، و رده فی المسالک بأن المالک معه راض بذلک أیضا من حیث دخوله تحت الإطلاق المفروض رضاه به.

قال: «و ربما فرق بینهما بأن الإطلاق إنما یقتضی تجویز القدر المشترک بین الافراد، و لا یلزم من الرضا بالقدر المشترک الرضی بالأشد ضررا من غیره، إذ لیس فی اللفظ إشعار بذلک الوجه، و لا دلاله علی الاذن فیه و الرضی بزیاده ضرره، إذ الرضا بالقدر المشترک إنما یستلزم الرضا بمقدار الضرر المشترک بین الکل، لا علی الرضا بالزائد، فلا یتناول المتوسط و لا الأشد، بخلاف العام الدال علی الرضا بکل فرد فرد».

و رده فی المسالک أیضا بما حاصله أن القدر المشترک المعنی المصدری أو نفس الحقیقه، لا اللوازم اللاحقه لها، و هو مسألتنا الزرع الحاصل بکل فرد من أفراد المزروعات، لأنها مشترکه فی هذا المعنی، و إن لم تشترک فی الضرر و غیره، سواء قلنا إن المطلق هو الدال علی الماهیه بلا قید، أو النکره بلا صلاحیه لکل فرد، و علی الثانی ظاهره و إن اختلفت فی القوه و الضعف، بل و علی الأول، و لهذا حکموا بأن الأمر بالضرب مثلا یتحقق امتثاله بکل جزئی من جزئیاته، کالضرب بالعصی و السوط ضعیفا و قویا و متوسطا حتی قیل إن الأمر به أمر بکل جزئی أو اذن فی کل جزئی.

قلت: لا ریب فی عدم دلاله المطلق علی إراده الأفراد، بل قد یحضر فی الذهن و یکون عنوانا و لا یحضر شی ء منها فیه، و الرضا به حینئذ لیس رضا بها علی اختلافها

فلاـ يجتزى به فيمـا يعتبر فيه المعلوميه و عـدم الغرر، بخلاـف التكاليف التى يراد فيها نفس المطلق، و الفرد إنما هو مقـدمه، و لا مدخليه للغرر و المعلوميه فى شى ء منها.

نعم قد يناقش فى أصل اعتبار المعلوميه التى لا يجتزى فيها نحو المطلق هنا، ثم إنه لا يخفى عليك أن ما ذكره الفارق لا يقتضى عـدم جواز المطلق، بل أقصاه الاقتصار على الأفراد المتساويه فى مقـدار الضـرر، دون المتوسـطه و الشديـده، اللهم إلا أن يـدعى مجهوليه ذلك فيبطل حينئذ من هذه الجهه، و الله العالم.

و كيف كان ف إن عين رب الأرض الزرع على العامل شـخصا أو نوعا لم يجز له التعـدى إلى الآخر قطعا، لعموم الوفاء بالعقد و الشـرط و حينئـذ ف لو زرع ما هو أضـر و الحال هذه كان لمالكها أجره المثل إن شاء فسخ العقد بالخيار الحاصل له بعدم الوفاء بالشـرط كـالبيع و الإجـاره أو المسـمى إن شاء لزومه مع الأرش للنقص الحاصل فى الأرض بسـبب زرع الأضـر فيها، كما صـرح بذلك كله الفاضل.

لكن أشـكله ثانى المحققين و الشـهيدين و أتباعهما بأن الحصه المسـماه إنما وقعت فى مقابله زرع المعين، و لم يحصل، و الذى زرع لم يتناوله العقد و لا الاذن، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه الحصه، فوجوب أجره المثل حينئذ أقوى.

قلت كـان ذلك منهم بناء على تشـخيص المزارعه بما وقع من التعيين و لو على جهه الاشتراط، و لا ريب فى فساده على التقـدير المزبور، بل قـد يقال: بعـدم تشخيصـها بـذلك مطلقا، و إن كل ما وقع فيها منه ليس إلا على جهه الشـرطيه، فإن حقيقه المزارعه ليست إلا زرع الأرض بحصه من حاصـلها، كائنا ما كان الحاصل، و انما يـذكر التعيين من الشـرائط، لا أنه منوع للمزارعه، فليس هو حينئـذ إلاـ كـذكر المكان فى المضاربه التى قـد عرفت ضـمانه للمال مع بقاء المالك على حصـته لو تعـدى و خرج إلى غير ذلك المكان.

إلا أن الشرط لما كان فى عقد لازم، و قد عرفت فى كتاب البيع اقتضاء عدم

الوفاء به الخيار لمن له الشرط، اتجه حينئذ ما ذكره المصنف و الفاضل، فله الفسخ و المطالبه بأجره المثل، و عدمه فله المسمى من الزرع المخصوص الداخل فى كلى المزارعه، و له الأرش عوض النقصان الحاصل بسببه، لعدم الاذن فيه بالخصوص و من هنا يتجه عدم انفساخ المزارعه حينئذ بتعذر المعين، خصوصا إذا كان شخصا.

ا أنه مما ذكرنا قد يظهر الوجه أيضا فى قوله و لو كان قد زرع ا لا قل ضررا جاز بتقريب أن المراد من التعيين مقدار الاذن فى الانتفاع بالأرض فهو كالإجاره بالنسبه إلى ذلك.

لكنه أشكله ثانى المحققين و الشهيدين أيضا بأن غرض المالك ليس منحصرا فيما يتعلق بمصلحه الأرض، بل المقصد الذاتى له إنما هو الانتفاع بالزرع، و مصلحه الأرض تابعه لا مقصوده بالذات، و لا شك أن الأغراض تختلف فى أنواع المزروع، فربما كان غرضه بالأشد ضررا من حيث نفعه، و الحاجه إليه و إن حصل للأرض

ضرر، و لا يتعلق غرضه بالأخف و إن انتفعت الأرض به، ألا ترى أن الأرض لو انتفعت بترك الزرع رأسا لم يكن ذلك كافيا فى جواز ترك المزارع العمل، نظرا إلى مصلحه الأرض فالأقوى عدم التعدى لما عين مطلقا، نعم مثل هذا يجرى فى إجاره الأرض لزرع نوع معين، فان عدول المستأجر إلى زرع ما هو أخف ضررا منه متجه، لأن الغرض فى الإجاره للمالك تحصيل الأجره، و هى حاصله على التقديرين و يبقى معه زياده تخفيف الضرر عن أرضه، و أولى منه لو ترك الزرع طول المده، فإنه لا اعتراض للمالك عليه حيث لا يتوجه ضرر على الأرض، لحصول مطلوبه، و هو الأجره، بخلاف المزارعه، فإن مطلوبه الحصه من الزرع المعين فلا يدل على الرضا بغيره و لا يتناوله بوجه.

قلت: و لعله كان لذا خيره الفاضل هنا بين الفسخ و أخذه أجره المثل، و أخذه المسمى نحو ما سمعته فى زرع الأضر إلا أنه لا أرش هنا لعدم النقص، لكن الجماعه أيضا أشكلوا بما عرفت، من عدم الوجه لأخذ المسمى من الزرع الذى لم يدخل فى عقد المزارعه، و جوابه ما علمت، بل لعل ظاهر المصنف عدم الخيار أيضا.

و التحقيق فى المسأله أن يقال: إن كان المقصود من التعيين تقدير الاذن فى الانتفاع بالأرض، فلا ريب فى صحه ما ذكره المصنف، خصوصا فى صوره تعذر الأضر الذى هو المعين، و إن كان المقصود منه إراده المعين، فالأصح ما ذكره الفاضل خصوصا فى صوره التعذر لما سمعته سابقا من ثبوت الخيار بنحو ذلك من الشرائط، و كذا مع اشتباه الحال، و لعل غرض المصنف الأول، ضروره كونه فى بيان الاذن فى زرع ما يراد زرعه فى صوره الإطلاق و التعيين فتأمل جيدا، فإن المسأله غير محرره فى كلامهم حتى مسأله الإجاره التى ذكرها المعترض، ضروره إمكان القول بلزوم المنفعه المخصوصه، و عدم جواز الأخف منها، خصوصا على ما عساه الظاهر من كلامهم من كون ذلك مشخصا للإجاره و فرق واضح بين الانتفاع بالأخف الذى لم تحصل الاذن فيه، و بين عدم الانتفاع أصلا، فإن ذلك ليس تصرفا فيها بغير اذن المالك، بخلاف الأول الذى يتجه عليه أجره المثل، بناء على ما ذكروه، كما أن المتجه بناء على ما ذكرناه مع فرض عدم اراده التقدير بذلك الخيار، فله الفسخ و الرجوع بأجره المثل و الإمضاء و الاقتصار على المسمى.

و لو زارع عليها أو آجرها للزراعه و لا ماء لها فعلا مع علم المزارع لم يتخير لإقدامه على ذلك و أما مع الجهاله ف له الفسخ لتضرره بانتظار الإتيان بالماء لها بحفر بئر أو غيره، مع احتمال عدم كفايته لها، و قد تقدم لك تحقيق المسأله فى ذلك، و أنه قد جزم جماعه منهم الشهيد الثانى بالبطلان، لفقد الشرط الذى هو إمكان الانتفاع بها بالزرع، من غير فرق فى ذلك بين العلم و الجهل، لا التخيير المزبور الذى هو فرع الصحه، بل لعل الحكم بالشرط المزبور لمنع التخيير المذكور من المتدافع.

لكن فى المسالك هنا بعد أن ذكر ذلك قال: «ربما تكلف للجمع بين الحكمين بحمل هذا التخيير على ما لو كان للأرض ما يمكن الزرع و السقى به، لكنه غير معتاد من جهه المالك بل يحتاج معه إلى تكلف إجراء ساقيه و نحوه، و المنع على ما لو لم يكن لها ماء مطلقا، و هو جيد لو ثبت أن مثل هذا القدر يوجب التخيير، و أن

الإطلاق كون الماء معتادا بلا كلفه، إلا أن إطلاق كلامهم يأباه فإنهم اقتصروا فى الحكم بالجواز على إمكان السقى بالماء من غير تفصيل، و بالتخيير على عدم الإمكان، و أيضا فإن إحداث النهر و الساقيه و نحوهما لازم للمالك، سواء كان معتادا أو لا كما سيأتى التنبيه عليه و لا فرق حينئذ بين كون الماء معتادا و غيره فى عدم الكلفه على الزارع، و الأقوى عدم الصحه هنا عملا بهذا الإطلاق و مثله ما لو استأجرها للزراعه».

قلت: لعل التأمل فى كلام الفاضلين و اتفاقهما على القطع بالصحه فى صوره العلم بلا تخيير، و انما اختلفا فى صوره الجهل، ففى الإرشاد البطلان، و فى المتن و القواعد التخيير، يقضى بما أشرنا إليه سابقا من أنه لا إشكال فى الصحه و اللزوم مع الإمكان، بمعنى القابليه فعلا و لو باحداث ماء لها.

و أما الأرض المحتمله لتحقق القابليه بسبب احتمال إيجاد ماء صالح لزراعتها و عدمه، فلا ريب فى أنه يصح عقد المزارعه عليها مع العلم بحالها مراعيا له، و أما مع الجهل فيحتمل التخيير- لما فى الانتظار من الضرر كما فى المتن و القواعد، و لأنه بمنزله تخلف الوصف فى البيع- و البطلان كما فى الإرشاد لتعارف القابليه المحققه فى الاقدام على أرض المزارعه، و لعل الأول لا يخلو من قوه.

أو يقال إن قول الأصحاب و لا ماء لها أعم من عدم إمكان زرعها، ضروره إمكانه بنقل الماء أو تطبيبه أو نحو ذلك، بل الظاهر بقرينه ما ذكروه من الشرط إحراز إمكان زراعتها، إلا أنه على ذلك الوجه لا ريب فى الصحه و اللزوم حينئذ مع العلم، و الخيار مع الجهل بكون زراعتها على هذا الوجه، أو البطلان كما سمعته عن الإرشاد، لما ذكرناه من كون المقصود غيرها للعاده، هذا كله فى المزارعه و فى الإجاره أيضا إذا كان مورد العقد فيها الزراعه.

أما لو استأجرها مطلقا و لم يشترط الزراعه لم يفسخ و إن لم يكن عالما بحالها لإمكان الانتفاع بها بغير الزرع الذى لا يشترط فى صحه إجاره الأرض إمكانه ضروره كونه نوعا من أنواع الانتفاع، و لا يشترط فى استيجار شى ء أن يمكن الانتفاع به فى جميع الوجوه، بل يكفى إمكان مطلق الانتفاع حيث تطلق، و هو هنا

كذلك، لإمكان الانتفاع بالأرض المذكوره فى وضع المتاع و جعلها مراحا و مستراحا و غير ذلك، و إن كان الغالب فى الأرض الزراعه، إلا أن مطلق الغلبه لا يقيد الإطلاق إلا أن تكون على وجه يفهم إراده ذلك من الإطلاق، و لو مع انضمام قرائن الأحوال و غيرها، و حينئذ يتجه البطلان، لا الخيار، اللهم إلا أن يكون الزرع معظم المقصود منها، و الداعى إلى استيجارها، فإنه لا يبعد الخيار حينئذ، للضرر.

و على كل حال فقد بان لك انه لا خيار مع إطلاق الإجاره الخالى عما يقتضى تقييده و كذا لو زارع أو اشترط الزارعه و جعلها موردا لعقد إجاره الأرض و لكن كانت فى بلاد تسقيها الغيوث عاده لإطلاق الأدله و عمومها التى لا فرق فيها بين كون الماء من غيث أو زياده نهر أو إجراء ساقيه أو غير ذلك كما هو واضح.

و لو استأجر للزراعه ما لا ينحسر عنه الماء و كان جاهلا بذلك لم يجز لعدم العلم بمحل الانتفاع من الأرض و لو علم الحال ف رضى بذلك أى المستأجر قيل جاز (۱۱) لكونه حينئذ كاستيجار الأرض التى لاـ ماء لها للزراعه و (۱۲) لكن لو قيل: (۱۳) بالفرق بينهما فيحكم بالمنع (۱۴) هنا لجهاله الأرض (۱۵) بخلافه هناك كان حسنا.

(۱۶) نعم لو فرض علم الأرض سابقا أو كان الماء صافيا يمكن معرفه الأرض معه، اتجه حينئذ تساوى المسألتين فى الحكم، بعد فرض إمكان الزرع فى المقام بزرع ما لا ينافى انحسار الماء، أو بعلاج حسر الماء أو غير ذلك، ضروره عدم الفرق فى عدم استعداد الأرض للزراعه بين كونه من عدم الماء لها، أو من عدم انحسار الماء عنها فتتجه الصحه بلا خيار مع العلم، و بخيار مع الجهل، نحو ما سمعته فى المسأله السابقه، و احتمال عدم الصحه فيهما- باعتبار عدم استعداد الأرض للزراعه، فليست من أرض المزارع، بل ربما كان استئجارها للزراعه أو المزارعه عليها على هذا الحال غير جار على قياس أفعال العقلاء- يدفعه عموم الأدله و إطلاقها، و أقصى ما فى هذا الحال التسلط على الخيار مع الجهل، و كذا احتمال البطلان حال الجهل خاصه، الذى سمعته من الإرشاد فى المسأله السابقه، فإنه لا يزيد تخلف المعتاد على خلاف

الوصف المسلط على الخيار، و بذلك كله ظهر لك أن مراد الأصحاب فى المسألتين بعد إحراز إمكان الزرع الذى صرحوا بشرطيته، إلا أنه على غير الوجه المعتاد فى أرض المزارع، لا أن المراد بما ذكروه من عدم الماء أو عدم انحساره، الكنايه عن عدم إمكان زرعها، فان ذلك لا يناسبه الخيار، و لا التعليل بالجهاله، كما هو واضح بأدنى تأمل مع حسن الظن بهؤلاء الفحول.

و على كل حال ف ان كان الماء الذى لا ينحسر قليلا يمكن معه بعض الزرع جاز و لكن يتسلط أيضا على الخيار مع فرض النقصان فى الزرع، و الجهل بحالها و لو كان الماء ينحسر عنها تدريجا لم يصح، لجهاله وقت الانتفاع و إن رضى بذلك المستأجر، ضروره عدم كفايه الرضا بفاقد شرط الصحه فيها.

لكن فى القواعد قيد المنع بعدم رضا المستأجر فلو رضى صح، و فى المسالك «هذا إنما يتم فيما يكون كالعيب المنجبر بالرضا و الخيار، لا فى الجهاله، و على تقدير إلحاقه به، نظرا إلى إمكان الانتفاع فى الجمله، إنما يوجب انقطاعه تدريجا نقصان المنفعه، فلا وجه للحكم بعدم الصحه، بل ينبغى تخيير المستأجر مع الجهل، و حينئذ فما أطلقه المصنف أوضح.

قلت: إن ثبت أن مثل هذا الجهل يقدح فى الإجاره، خصوصا بعد معلوميه انحساره عنها فى وقت صلاحيه الزرع فى الجمله، و الفرض استيجارها مده تشتمل على ذلك، و إن لم يتشخص أول وقت الانحسار أو وسط أو آخره، و لعل العلامه رحمه الله لحظ ذلك فحكم بالصحه مع الرضا، أما حكمه بالفساد مع الجهل فلما عرفته غير مره، من احتمال انصراف العقد إلى الأرض المستعده للزرع على الوجه المعتاد، و إن كان الذى يقوى ثبوت الخيار مع ذلك، لا الفساد، لكون المفروض وقوع العقد على الأرض المشخصه، فتأمل جيدا.

ثم لا يخفى عليك جريان هذه الاحكام فى المزارعه على الأرض المذكوره، فكان ذكرها فى بابها أولى من استطراد حكم الأجنبى أو التعميم، و ربما قيل فى هاتين المسألتين: بأن المنع مخصوص بالإجاره أما المزارعه عليها فجائزه، و الفرق ابتناء

الإجاره على المعلوميه فى الأجره فلا بد من العلم بمقدار مقابلها من المنفعه، بخلاف المزارعه التى كان العوض فيها الحصه المجهوله فيتسامح فيما يقابلها من المنفعه بما لا يتسامح بمثله فى غيرها، إلا أن ظاهر الأصحاب خلافه، و أنه لا فرق بين المزارعه و الإجاره للزرع فى ذلك، و اغتفار الجهل فى الحصه فى المزارعه التى شرعت على ذلك، لا يقتضى اغتفار الجهل من جهه أخرى و الله العالم.

و لو شرط الغرس و الزرع فى استيجاره الأرض و لم يفهم من ذلك التنصيف افتقر إلى تعيين مقدار كل واحد منهما لتفاوت ضرريهما، و كذا لو استأجر لزرعين أو غرسين مختلفى الضرر للغرر الحاصل من الإطلاق الذى هو بالنسبه إلى ذلك كالمجمل، فيمكن الاقتصار معه فى الأخف على مسماه.

لكن فى المسالك هنا هذا كله إذا استأجر لهما مطلقا، أما لو استأجرها لينتفع بها منها صح أو تخير، لأن ذلك تعميم فى الأفراد، و قدوم على الرضا بالأضر».

و فيه: أنه مناف لما ذكره سابقا- عند قول المصنف «و إذا أطلق المزارعه و زرع ما شاء»- «من أن المطلق كالعام بالنسبه إلى ذلك، فيصح جعله العنوان فى المزارعه و الإجاره، و يكتفى بدلالته من حيث صلاحيه كل فرد لتحققه على الاذن لكل فرد من الأفراد إن تفاوت فى الضرر، إذ ذلك منه رضا بالأضر» و إن كان التحقيق خلافه و أنه لا دلاله فى المطلق على ذلك، و ليس هو جهه تعيين يكتفى به فى ذلك، بخلاف التعميم، فإنه جهه تعيين لها و لو بالعموميه، ضروره كون العموم من عوارضها، بخلاف الإطلاق، فإنه شى ء خارج عن الافراد، و لا تحضر فى الذهن بحضوره.

نعم بناء على جواز جعله عنوانا فى المزارعه مثلا يجب الاقتصار فى زرع الأفراد المتساويه فى مقدار الضرر، و لا يجوز زرع الأضر، فإنه لا دلاله فيه على الاذن به، و إن كان هو فردا للمطلق أيضا، و لعله لذا اعتبر هنا التعيين عند ذكر الزرعين و الغرسين المختلفين فى الضرر، و اكتفى بالإطلاق هناك، أو أنه فرق بين المزارعه و الإجاره، و لو فرض عدم تساوى أفراد الزرع أجمع و عدم معرفه الأقل ضررا منها، اتجه حينئذ عدم الاجتزاء فى الإطلاق.

و بالجمله فرق واضح بين المطلق و العام، كما أن من الواضح هنا البطلان فى المقام إلا مع فرض انسياق التنصيف و الله العالم.

[تفريع لو استأجر أرضا مده معينه ليغرس فيها ما يبقى بعد المده غالبا صح]

تفريع لو استأجر أرضا مده معينه ليغرس فيها ما يبقى بعد المده غالبا صح ما لم يكن سفها، لإطلاق الأدله و عمومها بل قيل: يجب على المالك إبقاؤه بالأجره أو إزالته مع الأرش لأن المستأجر غير متعد بالزرع، إذ الفرض كونه مالكا للمنفعه تلك المده، فله الزرع، و ذلك موجب على المالك ذلك، لمفهوم

قوله صلى الله عليه و آله (۱)«ليس لعرق ظالم حق»

الذى حكى عن فخر المحققين إجماع الأصوليين عليه فى هذا الحديث، و إن اختلفوا فى دلاله

مفهوم الوصف فى غيره، و حينئذ وجب الجمع بين الحقين، و هو إنما يكون بما عرفت من التخيير المزبور للمالك الذى يمكن دعوى ترجيح حقه على الآخر، فلذلك استأثر بالتخيير المزبور.

و قيل: له إزالته كما لو غرس بعد المده فلا أرش له، لأنه دخل على أن لا حق له بعد المده، إذ منفعه المده هى المبذوله فى مقابله العوض، فلا يستحق بالإجاره شيئا، و هو الأقوى عند ثانى الشهيدين لا الأول الذى هو أشبه عند المصنف، قال: «و عدم تعدى المستأجر بزرعه فى المده لا يوجب له حقا بعدها، مع استناد التقصير إليه، و المفهوم ضعيف، و دعوى الإجماع هنا على العمل به لم تثبت، و على تقدير صحته نمنع من كونه بعد المده غير ظالم، لانه واضح عرقه فى أرض لا حق له فيها، و إلزام المالك بأخذ الأجره أو الأرش على خلاف الأصل، فلا يصار إليه بمثل ذلك».

قلت: لكن قد يقال بعد عدم معلوميه فساد دعوى الإجماع المزبور- بل هو

۱- ۱ المستدرک ج- ۳- ص ۱۴۹.

قد عمل به فیما لو استأجر للزرع مده یدرک فیها غالبا، لکن اتفق عدم إدراکه فیها لا لتقصیره، بل لکثره الأمطار أو تغیر الأهویه أو غیره، فأوجب الجمع بین الحقین بالإبقاء بالأجره- إن الظاهر من الخبر ثبوت الحق لمن کان له أصل وضع عرقه بحق، و انتهاء الحق من حیث الإجاره لا ینافی ثبوته من الخبر المزبور، بل إن لم یکن إجماع لأمکن ظهوره فی استحقاق الإبقاء علی وجه یجب علی المالک إجابته مع دفع الأجره، و لیس له القلع حینئذ و إن بذل الأرش، إلا أن الظاهر کون التخییر المزبور بید المالک و ربما زاد بعضهم فی وجوه التخییر دفع قیمه الغرس لیملکه، إلا انه کما تری، و ان کان فی بعض الاخبار نوع شهاده له و الله العالم.

[أما أحکامه فتشتمل علی مسائل]

اشاره

و اما أحکامه فتشتمل علی مسائل.

[المسأله الأولی إذا کان من أحدهما الأرض حسب و من الآخر البذر و العمل و العوامل صح بلفظ المزارعه]

الأولی: إذا کان من أحدهما الأرض حسب، و من الآخر البذر و العمل و العوامل صح بلفظ المزارعه، و کذا لو کان من أحدهما الأرض و البذر، و من الآخر العمل، أو کان من أحدهما الأرض و العمل، و من الأخر البذر و بالجمله جمیع الصور المتصوره فی هذه الأربعه کلا أو بعضا بین المزارع و المزارع جائزه نظرا الی العموم و الإطلاق أت بلا خلاف أجده فی شی ء منها عندنا، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع علیه.

نعم فی القواعد «فی صحه کون البذر من ثالث نظر، و کذا لو کان البذر من ثالث، و العوامل من رابع» و فی المسالک و جامع المقاصد ینشأ من عموم الأمر بالوفاء بالعقود، و الکون مع الشرط، و من توقف المعامله سیما التی هی علی خلاف الأصل علی التوقیف من الشارع، و لم یثبت منه مثل ذلک، و الأصح فی المزارعه قصه خیبر(۱)و مزارعه النبی صلی الله علیه و آله الیهود علی أن یزرعوها، و لهم شطر ما یخرج منها، و له شطره الأخر و لیس فیها أن المعامله مع أکثر من واحد، و کذلک باقی النصوص التی وردت من طرقنا، و لأن العقد یتم باثنین، موجب و هو صاحب الأرض، و قابل،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- و- ۹- و- ۱۰- من أبواب أحکام المزارعه و المساقاه و المستدرک ج ۲ ص ۵۰۲.

فدخول ما زاد يخرج العقد عن وضعه، و يحتاج إثباته إلى دليل، بل فى الأول منهما:

الأجود عدم الصحه.

و أنكر عليه فى الحدائق حاكيا له عن الأردبيلى أيضا بمنافاه ذلك لإطلاق الأدله، و لما يفهم من خبر قصه خيبر، و أن اليهود كانوا كثيرين، و قد زارعهم النبى صلى الله عليه و آله، و لما هو معلوم جوازه فى باقى العقود من تعدد الموجبين و القابلين إلا أن الجميع كما ترى، ضروره عدم تناول الإطلاق لما هو المفروض الذى هو تركب العقد من ثلاثه أو أربعه على وجه تكون أركانا له، و أن المزارعه حينئذ مركبه من مالك أرض، و من ذى عمل، و من ذى عوامل، و من ذى بذر، فإنه لم يعهد فى شى ء من العقود كذلك، لا أن المراد عدم صحه وقوع المزارعه من أكثر من اثنين، بمعنى عدم جوازها من الشركاء فى أرض مثلا أو عدم جوازها لجماعه على وجه الشركه فى عمل الزراعه، فإن ذلك لا يتصور منعه ممن له أدنى

دربه، بل يمكن القطع به من ملاحظه نصوص (۱)الأكره و العلوج و غيرهما، و قصه خيبر إنما هو من ذلك لا من محل الفرض الذى لا دليل على جوازه.

بل قد يستفاد من

قول الصادق عليه السلام فى خبر أبى الربيع الشامى (۲)و غيره المفروض فيه التسميه للبذر ثلثا و للبقر ثلثا «لا ينبغى أن يسمى بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع أرضك، و لك منها كذا و كذا نصفا أو ثلثا، أو ما كان من شرط و لا يسم بذرا و لا بقرا، فإنما يحرم الكلام»

عدم جواز ذلك و إلا كان ما فى هذه النصوص ساقطا، إذ لم أر أحدا أفتى بمضمونها سوى ما يحكى عن ابن الجنيد قال: «و لا بأس باشتراك العمال بأموالهم و أبدانهم فى مزارعه الأرض و إجارتها إذا كان على كل واحد قسط من المؤنه، و له جزء من الغله، و لا يقول أحدهم ثلث للبذر، و ثلث للبقر، و ثلث للعمل، لأن صاحب البذر يرجع إليه بذره و ثلث الغله من الجنس، و هذا ربا، فان جعل البذر دينا جاز ذلك».

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۴ و ۱۲ من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث- ۱۰.

و عن ابن البراج لاـ يجوز أن يجعل للبذر ثلثا، و للبقر ثلثا، و يمكن إرادتهما أيضا ما ذكرناه، لكن فى المختلف بعد أن ذكر النصوص المشتمله على ذلک «و الوجه الكراهه

و لا ربا هنا، إذ الربا إنما يثبت فى البيع خاصه».

قلت: ينافى الكراهه التعليل فى النصوص بأنه

«إنما يحرم الكلام»

المراد منه بحسب الظاهر الحرمه و الفساد مع هذه التسميه و التوزيع، بخلاف ما لو جعل الحصه فى مقابله الزراعه، و إن كانت هى فى الواقع ملحوظه فى مقابله ذلک كما هو واضح، و ليس المراد الربا حقيقه، بل المراد صورته أو فى خصوص ما لو جعله قرضا مشترطا ذلک، و إلا فلا ربا قطعا فى ثلث البقر مثلا كما هو واضح.

و من الغريب ما فى حواشى المجلسى من أن قوله «للبذر ثلثا» إلى آخر يحتمل وجهين أحدهما: إن اللام للتمليک، فالنهى لكونهما غير قابلين للملک، و ثانيهما: أن يكون المعنى ثلث بإزاء البذر، و ثلث بإزاء البقر، فالنهى لشائبه الربا فى البذر.

إذ هو كما ترى و لا ريب فى أن الأولى حمل هذه النصوص على إراده عدم جواز توزيع المزارعه، و إنما شرعيتها جعل الحصه على عمل الزرع، بل مقتضى ذلک عدم جواز بعض الصور التى قد سمعت أنها مجمع عليها، كتحقق المزارعه بدفع بقره أو بعضها أو البذر أو بعضه، إلا أن الإجماع أخرجنا عن ذلک.

و أما ما فى أيدى الناس الآن من اشتراک المالک و الفلاح و صاحب البذر أثلاثا فقد يقال إنها بعقدين لا عقد واحد، بمعنى أن المزارعه تكون بين صاحب الأرض و البذر، ثم صاحب البذر الذى هو المزارع يزارع الفلاح على النصف من حصته مثلا أو تكون بين صاحب الأرض و الفلاح، ثم هو يزارع صاحب البذر بالنصف من حصته مثلا، لما ستعرف من أن للمزارع أن يزارع، و إلا كانت محل اشكال، اللهم إلا أن يجعل مثلا ذلک سيره كاشفه عن جواز مثل ذلک.

لكن لاـ ريب فى أن الأحوط خلافه، بل لعل الأحوط عدم الاكتفاء فى تحقق المزارعه، بدفع بعض العوامل، كما يستعمله أهل القرى من إعطاء الدابه بالسدس

أو أقل أو أكثر.

و كيف كان ف لو كان العقد على النحو المزبور بين الاثنين بلفظ الإجاره لم يصح، لجهاله العوض الذى هو الثلث و الربع، و لا يجوز مثله فى الإجاره كما ستعرف بخلاف المزارعه.

أما لو آجره بمال معلوم مضمون فى الذمه أو معين موجود من غيرها أو منها جاز و لو كان المضمون من جنس ما يزرع فيها، كما عرفت الكلام فى ذلك مفصلا، بل قد عرفت أن الأصح عندنا جواز ذلك مزارعه و إن كان بلفظ الإجاره بناء على جواز العقد بالمجاز الدال على المراد فى العقود اللازمه و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا تنازعا فى المده فالقول قول منكر الزياده مع يمينه]

المسأله الثانيه: إذا تنازعا أى المزارع و رب الأرض فى المده فالقول قول منكر الزياده مع يمينه سواء كان العامل أو المالك، لأصاله عدم استحقاقها لمدعيها و كذا لو اختلفا فى قدر الحصه فادعى المالك قلتها، و ادعى العامل زيادتها فالقول قول صاحب البذر و إن كان هو مدعى الزياده لأصاله تبعيه النماء بلا خلاف أجده فى شى ء من الحكمين، لما عرفت، و لأن مدعى الزياده فيهما لو ترك المنازعه لترك، فيكون مدعيها بهذا المعنى أيضا.

لكن فى جامع المقاصد «لولا الإجماع لأمكن أن يقال: إن اتفاقهما على عقد تضمن تعيين مده و حصه نقل عن الأصل المذكور، و كل منهما مدع لشى ء، و منكر لما يدعيه، و ليس إذا ترك دعوى الزياده مطلقا يترك، فإنه إذا ترك العمل طالبه به، نعم يجى ء هذا إذا وقع الاختلاف عند انتهاء الأمر، و يجب التحالف».

و أجاب عنه فى المسالك «بأن العقد المتضمن لهما إنما أخرج عن حكم الأصل فى أصل المده، و الحصه أما فى قدر معين منهما فلا، فيبقى إنكار الزياده فيهما بحاله لم يخرجه عن حكم الأصل، و المراد «بمن يترك إذا ترك» فى نفس ذلك المدعى و هو هنا المده الزائده، و الحصه الزائده أما العمل، فهو أمر خارج عن الدعوى، فلا أثر للمطالبه به فى هذه المنازعه».

قلت: لا ريب فی عـدم التحالف فی مسأله المـده لو كانت الـدعوى فی نفس اسـتحقاق الزائد منها، من دون تعرض فی الدعوى، لسببه، ضروره كون إنكارها على مقتضى الأصل.

أما لو كانت الـدعوى فی سـبب اسـتحقاقها بعد اتفاقهما على كونه عقدا مشـخصا و وقع النزاع فی كيفيه تشـخيصه، فقال المالك مثلا: إنه بمده قليله، و قال العامل:

أنه بمـده كثيره، فلاـ ريب فی ان المتجه التحـالف، لكون كل منهما مـدعيا و منكرا و دعوى كل منهما مخالفه للأصل، و القله و الكثره بالنسـبه إلى تشخيصـهما العقد، على حد سواء، فی مخالفه الأصل، إلا ان ظاهر الأصحاب هنا تقديم قول مدعى القله حتى لو كانت الدعوى على الفرض المزبور.

و اما الحصه فالقول فيها قول صاحب البـذر، و إن كانت الدعوى كذلك، لأصاله تبعيه النماء، اللهم إلا ان يقال: إن التمليك هنا لعقـد المزارعه المفيـد تشـريكا للعامل و المالك فی نماء البذر و منفعه الأرض، و العمل و العوامل، سواء كان البذر من المالك أو العامـل، فلاـ أثر حينئـذ لتبعيه النمـاء هنا، فإنه يفيـد التمليك لو لم يكن ثم عقـد مزارعه، أما معه فالتمليك مسـتند إليه لا إلى التبعيه المزبوره، حتى بالنسـبه إلى صاحبه، و حينئذ يتجه التحالف لولا ظهور اتفاق الأصحاب، على ان القول قول صاحبه، نعم لو فرض خروجه عنهما اتجه التحالف حينئذ لكنه كما ترى، ضروره عدم تمليك عقد المزارعه ما هو ملك للإنسان نفسه، إذ النماء جزء من الأصل.

نعم قد يقال: إذا فرض كون الدعوى فی تشـخيص العقد المتفق على وقوعه بينهما فلا ريب فی اقتضاء الأصل، نفی كل منهما، و موافقه مـدعی القله إذا كـان البـذر له لأصـاله التبعيه لا تقتضـی ترجيحه على وجه يكون به منكرا، خصوصا مع إمكان معارضـته بأصـاله عـدم اسـتحقاق منفعه الأـرض مثلا، بما ادعاه من الحصه لو كان البـذر للعامل الـذى يفرض دعواه القله، بل لعل صاحب الأرض هو كصاحب اليد بالنسبه إلى ما يكون فيها.

و أما ما ذكره فى المسالك فى الرد على المحقق الثانى فى توجيه كونه مدعيا بأنه «يترك إذا ترك» فهو فى محله، ضروره أنه يترك مطالبته بالعمل بالنسبه إلى ما ادعاه من الزياده، لا غيرها من المده التى اعترف بثبوتها عليه، و لو فى ضمن الزياده التى ادعاها كما هو واضح. هذا كله مع قطع النظر عن كلام الأصحاب، و إلا فلا محيص عن موافقتهم عليه بعد ثبوت إجماعهم عليه، بل قد يتكلف موافقته للقواعد أيضا بعد التأمل.

و على كل حال فإن أقام كل منهما بينه على ما ادعاه، بنى الحكم على تقديم بينه الداخل و الخارج، و الأقوى الثانى و هو فيما نحن فيه مدعى الزياده فى المده و الحصه لو لم يكن له البذر و حينئذ متى قامت البينتان على مقدار الحصه قدمت بينه العامل مع فرض خروجه بكون صاحب البذر المالك.

و قيل: يرجعان إلى القرعه التى هى لكل أمر مشكل و لا ريب فى أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها(۱)

«البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

و بها حينئذ يرتفع الإشكال الذى هو وصف موضوع حكم القرعه إنما الكلام فى إطلاق المصنف تقديم قول العامل، و كذا ما فى المختلف قال:

«لو اختلفا فى الحصه فالقول قول صاحب البذر مع يمينه، فإن أقام كل بينه قدمت بينه العامل، لأنه الخارج، و لأن القول قول المالك، فالبينه بينه العامل، و قيل: يرجعان إلى القرعه و ليس بجيد» و يمكن تنزيله على ما إذا كان المالك صاحب البذر، أو يقال بتقديم بينه العامل هنا و إن كان صاحب البذر، لأنه و إن كان داخلا بالنسبه إلى قبول قوله عند عدم البينه، لأصاله التبعيه، لكنه خارج عند قيام البينه، لكون صاحب الأرض هو ذو اليد على ما فيها، و الأصل عدم خروج منفعتها إلا بقوله، فيكون العامل حينئذ خارجا فتأمل جيدا.

[المسأله الثالثه لو اختلفا فقال الزارع أعرتنيها و أنكر المالك حلف على نفى العاريه]

المسأله الثالثه: لو اختلفا فقال الزارع: أعرتنيها، و أنكر المالك حلف على نفى العاريه و إن ادعى مع ذلك الحصه أو الأجره و لا بينه له

۱- ۱ المستدرک ج ۳ ص ۱۹۹.

فإنه منكر بالنسبه إلى نفى العاريه على كل حال، و حينئذ فالقول قوله أى صاحب الأرض بالنسبه إلى ذلك و لكن تثبت له أجره المثل المساويه لما ادعاه أو الأقل منه لا الزائده على ما ادعاه من الحصه و الأجره المسماه إلا أنه مع يمين الزارع على نفيهما، حيث يحتاج إليه كما لو فرض زيادتهما عن أجره المثل أما مع فرض قلتهما عن ذلك، فلا حاجه إليه، ضروره وجوب ذلك عليه بيمين صاحب الأرض على نفى العاريه فإنه يثبت له الأقل من أجره المثل، و مما ادعاه، لأنه مع فرض زياده أجره المثل عنه قد اعترف المالك أنه لا يستحق أزيد مما ادعاه من الحصه و الأجره، و حينئذ يتجه يمين الزارع على نفيهما مع فرض زيادتهما على ذلك، أما مع المساواه أو القله فلا فائده فيه، لوجوب تأديته ذلك على كل حال.

نعم لو فرض تعلق غرض مخصوص بكون الأجره عينا مشخصه مثلا- أو لإراده عدم الإعطاء من خصوص الزارع، اتجه حينئذ يمينه على نفى دعوى المالك، و الرجوع إلى أجره المثل.

و من الغريب ما فى الحدائق «من كون المتجه فى المسأله ثبوت أجره المثل و إن زادت على دعوى المسمى، محتجا بأن التحالف يسقط الدعوى و يبطلها، و ينزلها منزله العدم، فلا يؤخذ المالك باعترافه بالإجاره بالأقل، إذ هو غلط فاحش، ضروره اقتضاء اليمين نفى ما يكون على الحالف، لا إسقاط مقتضى حكم الإقرار فى حق من له اليمين كما هو واضح، و أفحش منه ما عن الأردبيلى فى نظير المسأله من أن القول قول مدعى العاريه لأصاله براءه الذمه، و لان اليمين على نفى الإجاره و المزارعه يوجب سقوط الأجره و الحصه، و عوضهما الذى هو اجره المثل لذهاب اليمين بما فيها».

و فيه أن أصل البراءه مقطوع بقاعده الضمان، المستفاده من قوله (۱)«من

۱- ۱ قاعده مستفاده من مضامين الأخبار.

أتلف»(۱)

و «على اليد»

و نحوهما، و إلا للزم عدم ضمان كل متلف، لكل مال شخص بدعوى الهبه، بل لا يحتاج إلى الدعوى بأصاله البراءه و التزامه واضح الفساد و الفرق بين المنفعه و العين أوضح فسادا، و ذهاب اليمين بما فيها إنما هو بالنسبه إلى خصوص ما نفته من الحصه و الأجره المسماه، لا غيرها كما هو واضح.

و على كل حال فقد ظهر لك ضعف ما قيل: في أصل المسأله من أنه تستعمل القرعه لكل أمر مشكل و لا إشكال بعد ما عرفت فلا ريب في أن القول الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، بل لم نعرف القائل بالقرعه هنا بالخصوص.

و كيف كان ف للزارع تبقيه الزرع إلى أوان أخذه بلا خلاف و لا إشكال معتد به لأنه مأذون

فيه باتفاق منهما، فيكون له حق البقاء، بناء على العمل بمفهوم

قوله (۲)«لا حق لعرق ظالم»

بل ليس للمالك المطالبه بالقلع، إلزاما له بدعواه الإجاره و المزارعه.

نعم ليس له منعه لو أراد الزارع أخذه قصيلا، لعدم ثبوت حق له فيه بعد فرض يمينه على نفي المزارعه، كما أنه ليس للعامل حق الإبقاء بناء على جواز الرجوع بالعاريه و إن كانت للزرع، أخذا له بإقراره بدعوى العاريه كما هو واضح، هذا كله مع كون الدعوى على الفرض المزبور.

أما لو قال: المالك في جوابه غصبتنيها حلف المالك على نفي العاريه و كان له إزالته و المطالبه بأجره المثل، و أرش الأرض إن عابت، و طم الحفر إن كان غرسا (۱۱) لكونه حينئذ بحكم الغاصب الذي يترتب عليه ذلك. و لم يكن ثم إقرار من المالك يلزم به، و ليس هو من التداعي الأول الذي يتوجه فيه يمين على مدعي العاريه، فما عن التذكره- من أنه يحلف العامل على نفي الغصب- في غير محله خصوصا بعد اعترافه بترتب الأحكام المزبوره التي يكفي فيها عدم تحقق الاذن من

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۳ من أبواب الإجاره الحديث- ۳ المستدرک ج ۳ ص ۱۴۹.

المالک، الحاصل بیمینه علی نفی العاریه التی یدعیها الزارع کما هو واضح.

[المسأله الرابعه للمزارع بالفتح أن یشارک غیره فی حصته]

المسأله الرابعه: للمزارع بالفتح أن یشارک غیره فی حصته و أن یزارع علیها غیره بحصته أو أقل منها و لا یتوقف ذلک علی إذن المالک بلا خلاف أجده فی شی ء من ذلک، بل عن ظاهر الغنیه الإجماع علیه، لانتقال المنفعه إلیه بعقد المزارعه(۱)و

«الناس مسلطون علی أموالهم».

نعم لیس له تسلیم الأرض إلا بإذن المالک علی الوجه الذی تسمعه فی کتاب الإجاره، و

فی موثق سماعه(۲)دلاله علی ذلک فی الجمله «قال سألته عن المزارعه قلت:

الرجل یبذر فی الأرض مأه جریب أو أقل أو أکثر طعاما أو غیره، فیأتیه رجل فیقول له: خذ منی نصف ثمن هذا البذر الذی زرعته فی الأرض و نصف نفقتک علی، و أشرکنی فیه قال: لا بأس، قلت: و إن کان الذی بذر فیه لم یشتره بثمن، و إنما هو شی ء کان عنده، قال: فلیقومه قیمه کما یباع یومئذ، ثم لیأخذ نصف الثمن، و نصف النفقه و یشارکه».

و لعله لذا اشترط بعضهم فیما حکی عنه فی جواز المزارعه و المشارکه کون البذر منه، لیکون تملیک الحصه منوطا به، قال: و به یفرق بینه و بین عامل المساقاه، حیث لا یصح له أن یساقی غیره کما سیأتی، و لأن البذر إذا کان من صاحب الأرض، فالأصل أن لا یتسلط علیه إلا مالکه، أو من أذن له، و هو

المزارع، و استحسنه فی المسالک فی المزارعه، قال: «أما المشارکه فلا- لأن المراد بها أن یبیع بعض حصته فی الزرع مشاعا بعوض معلوم، و هذا لا مانع منه، لملکه لها فیتسلط علی بیعها کیف یشاء، بخلاف ابتداء المزارعه، إذ لا حق له حینئذ إلا العمل، و به یستحق الحصه مع احتمال الجواز مطلقا، لأن لزوم عقدها اقتصی تسلطه علی العمل بنفسه و غیره و تملکه للمنفعه و التصرف فی البذر بالزرع و إن لم یکن بنفسه، حیث لا یشترط علیه الاختصاص، فیجوز نقله إلی الغیر کما یجوز الاستنابه، و یضعف بأن البذر

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۴- الطبعه الحدیثه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب أحکام المزارعه الحدیث- ۱.

حینئـذ لیس ملکـا له، و إنمـا هو مـأذون فی التصـرف بالزرع فیه، و به یملک الحصه و قـد یقال: إن هـذا کاف فی جواز مزارعه الغیر، لأنهـا عبـاره عن نقـل حقه فی ذلـک إلیه و تسـلیطه علی العمـل فیجوز له کمـا یجوز له التوکیـل فیه و الاسـتنابه بغیرها من الوجوه- ثم قال: هـذا کله إذا لم یشترط المالک علیه العمل بنفسه، و إلا لم یجز المشارکه و لا المزارعه بحیث یصـیر العمل کله أو بعضه متعلقا بغیره، و لا یرد أن ذلک یقتضی منع المالک من التصرف فیما له، فیکون منافیا للمشروع، لأن

«الناس مسلطون علی أموالهم»

لأن ذلک حیث لا یعارضه حق غیره، و إلا لم تتم الکلیه، ضروره تخلفها فی کثیر کالراهن و المفلس».

قلت: قـد تبع بـذلک کله أو أکثره ما فی جامع المقاصد، لکن لا یخفی علیک ما فی تفسـیرهما المشارکه المذکوره فی المتن و غیره، خصوصـا بعـد قول المصـنف و غیره لو شـرط المالـک الزرع بنفسه لزم، و لم تجز المشـارکه إلا بإذنه ضـروره أنه لا معنی لمنعها، بناء علی أنها عباره عن شراء بعض حصه العامل بعد ظهورها، و ملکه إیاها، لعدم منافاه ذلک لاشتراط الزرع بنفسه، حتی لو احتاجت بعد إلی العمل الذی یمکن شـراء الحصه منه، مع المحافظه علی البقاء علی العمل بنفسه الذی هو فی الحقیقه لحصته و حصه رب الأرض، فلیس هو مستحقا له أجمع، و الفرض کون الشرکه فی حصته.

و من هنـا أنکر الأـردبیلی فیمـا حکی عنه علی التفسـیر المـذکور، و قـال: «إن ظـاهر العبارات أعم من ذلک، بل غیر ذلک و هو شرکه غیره معه بالعمل المشـروط له علیه ببعض الحصه المشروطه له، فکأنه یرجع إلی المزارعه فی البعض، و هو جید و لا ینافیه حینئذ ذکر المزارعه بعدها المحمول علی إراده عدم شـرکته معه فی العمل، بل یکون المزارع الثانی هو المستقل، و یکون للاول من نفس منفعه الأرض مثلا.

أو یقال: إن المراد الشرکه معه فی العمل ببعض الحصه بطریق الصلح.

و من التأمـل فیمـا ذکرنـا یظهر أنه لاـ وجه للمنع من مزارعه الغیر حـتی مع اشتراط الاختصـاص فی العمـل، إذ لاـ یعتبر فی تحقق المزارعه العمل من المزارع کما

عرفته سابقا، بل يكفى فيها دفع العوامل أو بعض البذر، بل يمكن مزارعه الغير على وجه يكون هو الأجير له فى العمل.

و لعله لذا اقتصر المصنف على عدم جواز المشاركه مع اشتراط الزرع بنفسه بخلافه فى القواعد حيث قال: «و للمزارع أن يشارك غيره، و أن يزارع عليها غيره و إن لم يأذن المالك».

نعم لو شرط الاختصاص لم تجز المشاركه و لا المزارعه، اللهم إلا أن يريد الاختصاص بالحصه أيضا، لكن فى صحه هذا الشرط حينئذ بحث، لعموم تسلط الناس، و لما حكى من الإجماع فى كتاب البيع على عدم صحه مثل هذا الشرط، و قياس ذلك على الراهن و المفلس فى غير محله، و كان الذى أوقع ثانى المحققين، و الشهيدين فى التزام ذلك تفسيرهم الشركه هنا بما سمعت، و فيه ما عرفت، كما أنه لا يخفى عليك ما فى الوسوسه فى عدم اعتبار كون البذر منه فى جواز المزارعه أيضا، ضروره كون ذلك مقتضى العمومات، و المنع فى المساقاه- إن كان الإجماع أو غيره- لا يقتضى المنع هنا، بل عن ظاهر الغنيه الإجماع عليه، بل لم نعرف القائل به بالخصوص، عدا ما فى الحواشى المنسوبه إلى الشهيد من نسبته إلى عميد الدين، و لا ريب فى ضعفه لما عرفته من كفايه عقد المزارعه فى تمليك الحصه من غير حاجه إلى ملك البذر، كالمزارع الأول و الخبر الأول لا دلاله فيه على ذلك بل لعله خارج عما نحن فيه، بكون المراد منه السؤال عن المزارعه بهذا الوجه، أى تملك الزرع بالطريق المذكور، لا أن المراد عقد المزارعه و لا أن العامل باعه ما ملكه بالمزارعه فتأمل جيدا.

[المسأله الخامسه خراج الأرض و مؤنتها على صاحبها]

المسأله الخامسه: خراج الأرض و مؤنتها كأجرتها و نحوها على صاحبها لأصاله براءه ذمه العامل الذى لم يوجب عليه عقد المزارعه ذلك و نحوه بل

فى خبر سعيد الكندى (۱)«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إنى آجرت قوما أرضا فزاد السلطان عليهم، قال: أعطهم فضل ما بينهما، قلت: أنا لم أظلمهم و لم أزد عليهم قال: إنهم إنما زادوا على أرضك».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ۱۰.

و إن قال فی الریاض: «فیه قصور من حیث السند، و مخالفه فی المتن لقاعده «لا- تَزِرُ وازِرَهٌ وِزْرَ أُخْری » و لذا قال الراوی ما سمعت، ثم قال: و یستفاد من التعلیل انسحاب الحکم فی کل موضع یشابه مورده، کما یتفق کثیرا فی بلادنا من الظلم علی سکنه الدور بمال یکتب علیها، فمقتضی الأصل و القاعده براءه ذمه أربابها و صرف الغرامه إلی السکنه: فان المظلوم من ظلم، و لکن الحال فی السند کما

تری، و لا أجد له جابرا، فیشکل الحکم به هنا أیضا».

قلت: لعل ما فی الخبر المزبور من الخراج الذی هو علی مالک الأرض، ضروره عدم تقدیره بقدر فقد یزید السلطان فیه، و قد ینقص، لاختلاف الأزمنه و الرجوع به علی المالک إنما هو باعتبار أخذ السلطان العوض عنه، فکأنه قد اشتری من السلطان ذلک إلا ان یشترطه علی الزارع فیلزم حینئذ.

لکن فی المسالک «لو شرط علیه الخراج فزاد السلطان فیه زیاده، فهی علی صاحب الأرض، لأن الشرط لم یتناولها، و لم تکن معلومه، فلا- یمکن اشتراطها و لو شرطا ذلک أو بعضه علیها، أو إخراجه من الأصل و الباقی بینهما فهو کما لو شرط المالک زیاده علی العامل، لأنه بمعناه».

و أشکله بعض الناس بأنه مناف لما یفیده ظاهر جمله من النصوص من اغتفار مثل هذه الجهاله، ف

فی صحیح داود بن سرحان (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام «فی الرجل تکون له الأرض یکون علیها خراج معلوم، و ربما زاد و ربما نقص فدفعها الی الرجل علی أن یکفیه خراجها، و یعطیه مأتی درهم فی السنه، قال: لا بأس».

و فی صحیح یعقوب بن شعیب (۲)عنه أیضا «سألته عن الرجل تکون له الأرض من أرض الخراج فیدفعها إلی رجل علی أن یعمرها و یصلحها و

یؤدی خراجها، و ما کان من فضل فهو بینهما. قال: لا بأس».

بل فی الحدائق أنه ورد فی النصوص ما هو أعظم من ذلک و هو إجارتها أو قبالتها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام المزارعه الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحکام المزارعه الحدیث- ۲.

بما علیها من الخراج قل أو کثر،

قال إبراهیم بن میمون (۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن قریه لأناس من أهل الذمه لا أدری أصلها لهم أم لا، غیر أنها فی أیدیهم و علیهم خراج، فاعتدی علیهم السلطان فطلبوا إلی فأعطونی أرضهم و قریتهم علی أن أکفیهم السلطان بما قل أو کثر ففضل لی بعد ذلک فضل بعد ما قبض السلطان ما قبض قال:

لا بأس بذلک، لک ما کان من فضل».

و فی صحیح أبی برده بن رجا(۲)قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن القوم یدفعون أرضهم إلی رجل فیقولون: کلها و أد خراجها قال: لا بأس إذا شاؤوا أن یأخذوها أخذوها».

و خبر أبی الربیع (۳)«قال أبو عبد الله علیه السلام فی رجل یأتی علی قریه و قد اعتدی علیهم السلطان فضعفوا عن القیام بخراجها و القریه فی أیدیهم، و لا یدری هی لهم أم لغیرهم فیدفعونها إلیه علی أن یؤدی خراجها فیأخذها منهم، و یؤدی خراجها و یفضل بعد

ذلک شی ء کثیر قال: لا بأس بذلک إذا کان الشرط علیهم بذلک».

لکن فی الریاض بعد أن ذکر صحیح ابن سرحان قال: «و نحوه غیره، و فی الدلاله ضعف، فان غایته نفی البأس الغیر الملازم للزوم الذی هو المطلوب، لأعمیته منه، فقد یجامع جواز الرجوع، و یکون المطلوب من نفی البأس حینئذ بیان الجواز مع حصول التراضی، ألا تری إلی الصحیح، أی صحیح أبی برده(۴)قد حکم فیه بنفی البأس عن نحو ذلک، مع تصریحه بجواز الرجوع، فظهر أن المراد من نفی البأس حیث یطلق. إنما هو بیان الجواز المطلق لا اللزوم، إلا أن یقال: بأن المقصود من التمسک بنفی البأس إنما هو إثبات الجواز، دفعا لما یتوهم من النهی عنه الناشی من الجهاله، و حیث ثبت الجواز ثبت اللزوم، حیث یذکر فی العقد اللازم عملا بما دل علی لزومه، و هذا هو السر فی تمسک الأصحاب فی القول بلزوم کثیر من الشروط

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام المزارعه الحدیث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام المزارعه الحدیث- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام المزارعه الحدیث- ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام المزارعه الحدیث- ۳.

فی العقود اللازمه بالنصوص التی غایتها نفی البأس عنها، لا الحکم بلزومها، و لکن هذا یتم لو دلت النصوص علی نفی البأس عنها و إن ذکرت فی العقد اللازم، و إلا فالتمسک بها لذلک محل إشکال، إذ المناط فی نفی البأس حیث یذکر فی غیر العقود اللازمه هو حصول المراضاه، و الغرر و الجهاله لعلهما مغتفران معها فیما عداها، لجواز الرجوع بعد

ظهور الغرر دونها، لعدم جوازه فیها للزومها، و لعله لذا نهی عنها، و نصوص المسأله لعلها من هذا القبیل. إذ لم یذکر فیها وقوع اشتراط ذلک فی عقد لازم، فکیف یستدل بها علی الجواز و لو ذکر فیه، إلا أن یتمسک بإطلاق نفی البأس الشامل لصورتی وقوع الشرط فی ضمن العقد اللازم و غیره، إلا أن فی الخروج بمثله عن عموم ما دل علی النهی عن الغرر و الجهاله إشکالا.

قلت: لعل الوجه فی إطلاق النص و الفتوی صحه هذا الشرط أنه من اشتراط کون حق الخراج علیه، نحو اشتراط حق الزکاه علی مشتری الثمره مع عدم العلم بمقدارها فلا یقدح جهاله ما یؤدیه عن ذلک، إذ لیس هو اشتراط قدر، بل هو اشتراط حق، و ربما لا یؤدی عنه شیئا، و مرجعه إلی صیروره الزارع کالمالک فی تعلق هذا الحق به، الذی لا إشکال فی صحه اشتراطه علیه، و لو مؤکدا و مثل ذلک لیس من الجهاله فی شی ء کما هو واضح.

و لعله لذا أطلق المصنف و غیره صحه الشرط المزبور مع معلومیه کون الخراج قد یزید و ینقص، کما سمعت التصریح به فی النص، و اعتبار المعلومیه إنما وقع فی کلام بعض المتأخرین، و أنکره علیه بعض من تأخر عنه، فمن الغریب ما سمعته من فاضل الریاض من التردد فی ذلک.

ثم إن المراد بالمؤنه علی ما استظهره فی المسالک ما یتوقف علیه الزرع، و لا یتعلق بنفس عمله و تنمیته کإصلاح النهر و الحائط و نصب الأبواب إن احتیج إلیها، و إقامه الدولاب و ما لا یتکرر کل سنه، کما فصلوه فی المساقاه، و المراد بالعمل الذی علی الزارع ما فیه صلاح الزرع و بقاؤه مما یتکرر کل سنه کالحرث و السقی و آلاتهما و تنقیه النهر من الحمأه و حفظ الزرع و حصاده و نحو ذلک، ثم قال: «فکلامهم فی

هذا المحل قاصـر جدا، هذا كله إذا لم يشترط ذلک على الزارع، فان شرط عليه لزم إذا كان القدر معلوما، و كذا لو شرط بعضه معينا أو مشاعا مع ضبطه».

قلت: لا إشكال فى كون المرجع فيما ذكره مع الإطلاق تعارف ما هو على المالک أو العامل، و إلا أشكل الحال.

و قـد يقال: إن المراد بمؤنه الأرض- بقرينه ذكرهم لها مع الخراج- ما كان مثله من أجره الأرض عوض قبالتها، و نحو ذلک مما هو سبب فى الاستيلاء على كون الأرض بيده، إجاره و زراعه و غيرهما، و لعل هذا أقرب عند التأمل و الله العالم.

[المسأله السادسه كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعه تجب لصاحب الأرض أجره المثل]

المسأله السادسه: كل موضع يحكم فيه ببطلان المزارعه تجب لصاحب الأرض أجره المثل إن كان البـذر من العامل الذى يكون منه الحاصل حينئذ، كما أنه لصاحبها إن كان البذر منه، و لكن عليه أجره مثل العامل و العوامل، و لو كان البذر منهما فالحاصـل بينهمـا على النسـبه، و لكـل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه على نسـبه ما للآخر فيه من الحصه، فإذا كان البـذر بينهما مثلا، رجع المالک بنصف أجره أرضه، و العامل بنصف أجره عمله و عوامله و آلاته.

و على هـذا قيـاس بـاقى الأقسـام، و لو كـان البـذر من ثـالث فالحاصـل له، و عليه أجره مثل الزرع و باقى الأعمال و آلاتهما، بلا خلاف فى شـى ء من ذلـک أجـده، كمـا اعترف به فى الريـاض، و وجهه مـا تقـدم غير مره، و خصوصـا فى قاعـده «ما يضـمن بصـحيحه يضـمن بفاسـده» بل فى الرياض هنا «إن إطلاق العباره كغيرها يقتضـى عدم الفرق فى ثبوت الأجره لمن ليس له البذر على الآخر فى مقابله أرضه أو عمله بين أن يكون هناک حاصل أم لا.» و هو كذلک مع فرض شـغل الأرض بالبذر، و العمل من العامل، أما مع فرض عـدم اسـتعمال العامل الأرض، لاقـدام منه على مخالفه عقـد المزارعه الذى بان فساده، أو لعلمه بالبطلان أو غير ذلک فقد يشكل ضمانه الأجره حينئذ، بأصاله براءه الذمه مع فرض عدم منع المالک منها، خصوصا مع علمه بالبطلان، اللهم إلا أن يفرض كونها فى يده التى هى يد ضمان، ضروره عدم الاذن فى ذلک، لفرض انحصارها فى العقد

المفروض بطلانه، فتبقى الأرض حينئذ فى يده بحكم الغصب.

لكن مع ذلك لا يخلو من نظر و تأمل، كما أنه لا يخلو إطلاقهم الأجره الشامل لصورتى علمهما و جهلهما، و علم أحدهما خاصه- من تأمل، خصوصا بعد ما تسمعه منهم فى المساقاه من التصريح بعدم الأجره للعامل مع العلم ببطلانها، لكونه حينئذ متبرعا، و المسأله من واد واحد، و لولا ذلك لأمكن توجه الإطلاق هنا بأنه لا ملازمه بين العلم بالبطلان و المجانيه، بعد فرض كون دفع الأرض و العمل بعنوان تلك المزارعه الباطله، فتبقى حينئذ على قاعده «احترام مال المسلم و عمله» كما صرح به بعضهم فى غير المقام، كالبيع الفاسد و الإجاره الفاسده، و كذا لا يخلو الإطلاق المزبور من اشكال بعد تقييدهم له فى المساقاه بما إذا لم يكن البطلان من اشتراط عدم الحصه، و إلا كان متبرعا، فان نظيره هنا أيضا آت، و إن كان يمكن أن يقال:

إن رضاه بعدمها إنما كان بعنوان العقد الذى قد فرض فساده، فلا إذن حينئذ فيبقى تحت القاعده التى ذكرناها فلاحظ و تأمل.

[المسأله السابعه يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع]

المسأله السابعه: يجوز لصاحب الأرض أن يخرص على الزارع، و الزارع بالخيار فى القبول و الرد، فان قبل كان استقرار ذلك مشروطا بالسلامه، فلو تلف الزرع بآفه سماويه أو أرضيه، لم يكن عليه شى ء كما أوضحنا ذلك كله مع باقى فروع المسأله فى بيع الثمار، فلاحظ و تأمل هذا.

و لكن بقى هنا أمور لم يذكرها المصنف، منها: ان البذر مع إطلاق المزارعه من العامل أو الهالك، صرح الفاضل فى القواعد بالأول، و عن بعض العامه الثانى، و ظاهر موضع من التذكره وجوب التعيين.

قلت: لا كلام مع فرض انصراف للإطلاق، فإنه المتبع حينئذ من غير فرق بين البذر و غيره، و أما مع عدمه فيحتمل التعيين- و إلا بطل العقد للغرر،- و أن يكون على العامل، ل

قوله عليه السلام (۱)فى جواب السؤال عن المزارعه «النفقه منك، و الأرض لصاحبها»

فيكون حينئذ كالأصل الشرعى فى ذلك.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحكام المزارعه و المساقاه الحديث- ۲.

و منها أن الحب الثابت فى الأرض فى العام الأخر الذى هو غير عام المزارعه إن كان لأحدهما كان النماء له، و عليه أجره الأرض إن كان لغير مالكها، و إن كان من مال المزارعه كان بينهما على حسب النسبه، و يخصه من الأجره مقدار نصيبه، لكن مع فرض كون الحب من الذى هو معرض عنه على وجه يجوز للملتقط التقاطه فهل هو كذلك لأنه لا يزول عن الملك بالاعراض، بل به مع الاستيلاء، و الفرض عدمه إلى أن صار زرعا، و الفرض عدم الاعراض عنه فى هذا الحال، أو أنه يكون لصاحب الأرض، لأنه من توابعها و نمائها، بل لعل كونه فيها نوع استيلاء من المالك عليه وجهان، إلا أنه جزم فى التذكره بأنه بينهما على كل حال، خلافا لبعض العامه.

و منها: أن ما جاء فى النصوص هنا من قباله الأرض بشى ء معلوم، سنين معلومه، و عليه خراجها و عمارتها أو قبالتها بخراجها و

عمارتها، أو بغير ذلك مما تضمنته اخبار المقام هل هو عقد برأسه، و إن أفاد فائده المزارعه و الإجاره و الصلح فى بعض الموارد، أو أن المراد من لفظ التقبيل هنا ما ينطبق على ذلك المورد من العقود المعهوده و لو الصلح وجهان، أو قولان، أقواهما الثانى كما أوضحناه فى مسأله الخرص فى بيع الثمار، لعدم إفراد الأصحاب بابا للقباله على وجه يعرف به كونها من العقود المتعارفه فى ذلك الزمان، و لم يتعرضوا لألفاظ هذا العقد، و لا لشرائطه و لا لأحكامه و لا لموارده، و ذلك كله قرينه على أنهم فهموا من لفظ التقبيل ما ذكرناه، فالتعبير به حينئذ كالتعبير بالأخذ و التناول و نحوهما مما يعلم عدم إراده كونه عقد برأسه، و دعوى عدم صلاحيه جميع العقود لبعض مواردها، فيدل على أنها عقد برأسه قد أوضحنا فسادها فى مسأله الخرص من بيع الثمار، فلاحظ و تأمل.

و منها: أنه حيث يستحق المالك قلع الزرع فهل يضمن الزكاه لمستحقها لو فرض بلوغه حد تعلقها إذا قلعه؟ وجهان بل قولان، لأن ظاهر المحكى عن ابن الجنيد الأول، و ظاهر الفاضل فى المختلف الثانى، و الله العالم هذا كله فى المزارعه.

[أما المساقاه]

اشاره

و أما المساقاه

[تعريف المساقاه]

فهی جائزه بالإجماع من علمائنا و أكثر العامه، خلافا لأبی حنيفه و زفر، فأنكراها للجهاله و الغرر، و لا ريب فی ضعفه، للنصوص المرويه من الطرفين فی قصه خيبر(۱)و غيرها، بل لعلها من طرقنا متواتره أو مقطوع بمضمونها.

نعم ليس فی شی ء منها تصريح بلفظ المساقاه، إلا أنها داله صريحا أو ظاهرا على مشروعيه معامله على سقی أصول ثابته بالثاء المثلثه أو بالنون كالنخل و الشجر بحصه من حاصلها و لا نعنی بالمساقاه إلا ذلك.

بل أطنب بعض الأفاضل فی أن تسميه هذه المعامله بالمساقاه اصطلاح جديد حدث بعد زمان الشارع، بل قال: إنه بعد زمان الصحابه و التابعين، فإن المساقاه فی اللغه كما صرح به فی القواعد و غيره مفاعله من السقی، كما يقتضيه اشتقاق الصيغه و لم يذكر أحد من اللغويين ورود المساقاه فی اللغه بالمعنى الذی ذكره الفقهاء، و لا وجدنا ذلك فی استعمالات العرب، و لو كان ثابتا لذكره أهل اللغه، كما ذكروا المزارعه و غيرها من ألفاظ المعاملات الثابته فی اللغه، و نقلها إلى هذا المعنى فی عرف الشارع أو الأئمه عليهم السلام غير ثابت، إذ لا ذكر للمساقاه فی الكتاب و السنه، و لا فی الأحاديث المرويه عن أهل البيت عليهم السلام، و لذا لم يعقد أحد من أصحاب الحديث كالكلينی و الصدوق بابا للمساقاه، و إنما أوردوا الأحاديث المتعلقه بها فی باب المزارعه، و النقل إلى المعنى فرع الاستعمال فيه، فما لم يثبت الاستعمال لم يثبت النقل، و ثبوته عند

الفقهاء إنما يقتضی الحقيقه الشرعيه على القول بثبوتها لو ثبت استعمال الشارع إياها فی المعنى المعروف، لا مطلقا، إذ لا ريب فی أن للفقهاء و المتكلمين و الأصوليين اصطلاحات كثيره، ليست بحقائق شرعيه فلا يلزم من كون المساقاه حقيقه فی هذا المعنى فی عرف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- ۹- ۱۰- من أبواب أحكام المزارعه.

المتشرعه أن تكون حقيقه فيه عند الشارع، و ذلک ظاهر، و قولهم سمیت بذلک لأن أکثر حاجه أهل الحجاز إلی السقی، لأنهم یسقون من الآبار لا إشعار فیه بتعیین زمان الوضع أصلا، لاحتمال تجدد الوضع بعد الشارع بهذه العله، و نسبه القول بها إلی الصحابه و التابعین، و دعوی الإجماع علیها من السلف لا یقتضی تسمیتها بالمساقاه عندهم، لجواز أن یکون المراد أنهم قالوا بصحه المعامله المسماه عند الفقهاء بهذا الاسم، و أجمعوا علیها، و إن وقع التعبیر عنها فی زمانهم بلفظ آخر، و ما ذکره الفقهاء- من أن الإیجاب لا بد أن یکون بلفظ المساقاه و ما یؤدی معناها و أن أظهر الصیغ فی هذا العقد ساقیتک، أو عقدت معک عقد المساقاه محمول علی العقود الواقعه فی زمانهم، أعنی زمان النقل، و لیس المراد جواز العقد بلفظ المساقاه و لو فی عصر الشارع، حتی یجب القول بوضعه فیه، حذرا من لزوم استعمال الألفاظ الغیر الصریحه فی العقود، (لا یقال) قول الأصحاب «المساقاه شرعا معامله» إلی آخره یقتضی کون هذا المعنی هو معنی اللفظ فی الشرع، و کفی بقولهم هذا دلیلا علی النقل (لأنا نقول):

قد ذکر الاشکال فیما ذکره الفقهاء من ألفاظ المعاملات من أنها لغه کذا، و شرعا کذا، و أن هذا القول بظاهره لا یستقیم فی الأکثر، و إن بعض المتأخرین حمل التحدیدات الشرعیه فی المعاملات علی تحدیدها بحسب عرف المتشرعه دون الشارع، فان صح ذلک، و إلا أمکن الحمل علی إراده المعنی الثابت شرعا، و إن کان الواضع فیه غیر الشارع.

و علی کل حال فلا ریب فی إراده أحد المعنیین هنا إن لم یتعین ذلک فی غیره، لما عرفت من عدم ورود المساقاه فی الکتاب و السنه و لا فی أحادیث الأئمه علیهم السلام و الحقیقه لا تثبت بدون الاستعمال قطعا، و احتمال ثبوت الاستعمال فی عصر الشارع أو الأئمه علیهم السلام مع عدم النقل إلینا خلاف الأصل و إن کان هذا کله منه قلیل الجدوی بعد فرض عدم وجود لفظ المساقاه عنوانا لحکم فی شی ء مما وصل إلینا من النصوص، مضافا

إلى مـا فيه من إمكـان المناقشه فى جمله مما ذكره، و إلى ما فى صـحيح يعقوب بن شـعيب (۱)من تضمن الإيجاب بلفظ «اسق» لكـن قـال: إنـه أمر من السـقى، دون المساقـاه، و المراد منه المعنى اللغـوى دون العرفى، و فيه مـا عرفت من أنه لاـ وجه لإنشـائيه الإيجاب بلفظ الأمر مرادا منه المعنى اللغوى، بل لا بد من ملاحظه

المعنى الشـرعى فيه، كمـا تقـدم نظيره فى المضـاربه، و إذا جـاز العقـد بلفـظ الأمر فى ذلك الزمان، جاز بلفظ «ساقيتك» بطريق أولى، بل هو مقتض لوضع مبدأ الاشتقاق بالمعنى المتشرعى، إذ لا وجه لإراده معنى من المشتق دون المشتق منه.

و من ذلك و غيره يظهر عدم انحصار فائده البحث عن معنى المساقاه فى كلام الأصحاب و معاقد إجماعاتهم و نحو ذلك، دون استنباط أحكام المساقاه من الخطابات الشرعيه كما ذكره الفاضل المزبور، هذا.

و ربما ظهر من كلام بعض أن المزارعه تطلق فى الأخبار على ما يشمل المساقاه، فيمكن استفاده أحكام المساقاه منها، و فيه: منع كونه حقيقه، إذ غـايته ثبوت الاسـتعمال الـذى هو أعم، خصوصـا بعـد أن كـان المفهوم عرفـا من المزارعه المعامله على الأرض بحصه من حاصـلها، و قـد صـرح أهل اللغه بأن ذلك هو معنى المزارعه، و إن أريـد الإطلاق و لو على سبيل المجاز فهو مسـلم، لكن يتبع وجود القرينه الصارفه عن إراده الخصوصيه، و دعوى ثبوتها فى جميع موارد استعمال المزارعه فى الروايات غير مسلم، بل مقطوع بفساده.

نعم قـد ذكر بعض الفقهاء أن المخابره المتكرره فى الأخبار- من المعامله مع أهل خيبر قال ابن الأعرابى أهل المخابره من خيبر، لأن رسول الله صـلى الله عليه و آله و سـلم كان أقرها فى أيدى أهلها على النصف فقيل خابرهم أى عاملهم فى خيبر، و هى بهذا المعنى- تعم المساقاه قطعا، لكن فيه إن تفسير المخابره بذلك ليس بثابت أيضا، فإن أبا عبيده نص على أن المخابره من الخبير و هو الأكار، و فى الصحاح الخبير

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ۲.

الأكـار، و منه المخـابره، و هی المزارعه. و عن المصـباح المنیر خبرت الأـرض شـقفتها للزراعه، فأنـا خبیر، و منه المخابره، و هی المزارعه، و قیـل، هی من الخبره و هی النصـیب، و قیـل: من الخیـار، و هی الأـرض اللینه، و قیـل: المخـابره المعامله علی الأرض ببعض ما یخرج منها، و البـذر من العامل، و المزارعه هی هـذه و البـذر من المالک، و المشـهور أنهما بمعنی واحـد، و حینئذ فلا یصح الاستدلال بالمخابره علی المساقاه التی قد عرفت فساد دعوی دخولها فی مفهوم المزارعه.

و کیف کـان فهی معـامله کغیرهـا من عقود المعاوضـات لکنهـا علی أصول لا کالمزارعه التی هی معامله علی زرع بل ینبغی أن تکون أصولاـ ثابته بالثاء المثلثه لا کالخضـروات و لا کالودی غیر المغروس، و نحو ذلک بل لا بـد أن تکون أیضا بحصه مشاعه من ثمرها کالإجاره التی یعتبر فیها أن تکون بأجره معلومه معینه أو مضمونه.

نعم یراد من الثمره هنا مطلق نماء الشجر. فیدخل فیه ما یقصد ورده و ورقه، بناء علی جواز المساقاه علیه، و إن کان ستسمع تردد المصنف فیه هذا.

و لکن ظاهر المصـنف و غیره أن هـذه المعامله بهذه القیود لا تکون إلا مساقاه، و قد یناقش بإمکان دعوی جریان الصـلح فیها و قیامه مقامها، بناء علی قبوله لمثل هـذا العوض، إلا أنه یسـهل الخطب أن المراد من أمثال هذه التعریفات التصویر فی الجمله کما ذکرناه غیر مره.

ثم إنه قـد یتوهم من قول المصـنف و غیره هنا «معامله» عـدم کونها بمعنی العقـد المزبور، بل هی لما یشـمله و المعاطاه کما عن التذکره التصریح به، و لکنه لیس کذلک، لذکره نحو ذلک فی المزارعه، و لقوله بعد ذلک متصلا به الأول فی العقد.

نعم الکلام فی صـحه المعاطاه فیها علی حسب ما سـمعته فی البیع بناء علی إلحاقها به ضـروره عدم الفرق بینها و بینه و الإجاره و غیرهما، حتی بالنسبه إلی دعوی السیره القطعیه الداله علی مشروعیه المعاطاه.

لکن فی المسالک تبعا لجامع المقاصـد اسـتبعاد جریان المعاطاه فی هذا العقد، لما فیه من الغرر و جهاله العوض، بخلاف البیع و الإجاره، فینبغی الاقتصار فیه علی

موضع اليقين، إلا أنه كما ترى، إذ الاشتمال على الغرر ليس قادحا فى جواز المعاطاه بعد قيام الدليل، كما فى المساقاه العقديه. نعم بناء على ما اخترناه من الإباحه فى البيع ففى جريانها فى المقام و نظائره نظر، و لعل الجواز لا يخلو من قوه مع فرض قيام السيره الصالحه لإثبات مثل ذلك.

و على كل حال فتمام النظر فيه أى فى هذا الكتاب يستدعى فصولا.

[الفصل الأول فی العقد]

الأول: فی العقد و لا ریب بل و لا خلاف فی صحه صیغه الإیجاب لهذا العقد ب أن یقول ساقیتک أو عاملتک أو سلمت إلیک أو ما أشبهه فی الصراحه فی المعنی المزبور، و لو بضمیمه القیود التی لیست قرائن مجاز، لعدم تعیین الشارع فی المساقاه لفظا بخصوصه.

نعم ناقش بعض الناس فی مساواه هذه الألفاظ للفظ المساقاه بأن المعامله و العمل و التسلیم أعم منها، لا مساویه لها.

و دفعه: بأن المراد مساواتها لها بعد ذکر المتعلقات و القیود، و لیس هذا من المجاز فی شی ء إذ المفروض أن الألفاظ مستعمله فی معانیها الحقیقیه، و أن الخصوصیه مراده من القیود لا منها.

و إن کان قد یناقش أولا: بأن إطلاقهم العقد بهذه الألفاظ شامل للعقد بها علی الوجهین.

و ثانیا: بأنها حال العقد بها لا بد من استعمالها فی إنشاء معنی خصوص ذلک العقد منها، و القیود کلها قرینه علی ذلک. و إلا لم یکن وجه لعقد ذلک العقد بها مع استعمالها فی المعنی الأعم منها المراد منه الخصوص، کما هو واضح بأدنی تأمل. و منه یظهر النظر فی دعوی الإجماع علی عدم جواز استعمال المجاز، و إن کان صریحا فی عقد العقد اللازم.

و علی کل حال فقد یظهر من قول المصنف و غیره أو ما أشبهه اعتبار الماضویه فی الصیغه هنا کما صرح به ثانی المحققین و الشهیدین، بل قال الأخیر منهما لا وجه لإخراج هذا العقد اللازم من بین نظائره، و قد نوقش فی الاکتفاء فی المزارعه بلفظ الأمر مع الاستناد فیها إلی النص، و هو منتف هنا، و إن کان فیه ما لا یخفی، إذ قد عرفت فیما تقدم أن الموجود فی النص فی المزارعه لفظ المضارع، و أما لفظ الأمر فهو

فی المساقاه فی صحیح یعقوب بن شعیب (۱)و حمله علی المقاوله السابقه علی المعامله تکلف من غیر ضروره، و لعله لذا جزم فی التذکره بتحقق عقد المساقاه بلفظ تعهد نخلی بکذا، أو أعمل فیه بکذا، دون المزارعه، لورود النص فیها دونها فإن الأخبار الوارده فی المزارعه کما عرفت إنما دلت علی الوقوع بصیغه المضارع، و هو خلاف المقصود، إلا أنه لما کان قوله أزرع هذه الأرض بکذا صریحا فیها أیضا مع معلومیه اتحاد أحکام المزارعه و المساقاه أمکن القول به فیها أیضا، إلا أنه قطع به فی المساقاه لما عرفت بل قواه الفاضل الطباطبائی فی مصابیحه أیضا، قال: «لأن قول القائل اسق هذا النخل و لک نصف

الحاصل مثلا صریح فی إنشاء المساقاه، و القصد إلی إیقاع المعامله بنفس هذا اللفظ کقوله ساقیتک و عاملتک، بخلاف مثل قوله: بعنی مثل هذا و صالحنی أو آجرنی، فإن المفهوم من ذلک طلب البیع و الصلح و الإجاره مثلا، دون إنشاء وقوعها، و مثل ذلک ما لو قال ساقنی أو عاملنی علی هذا النخل، فإنه لا یقع العقد به، لأن مقتضاه طلب المساقاه دون وقوعها، و لا یلزم من وقوع العقد بصیغه الأمر فی الجمله وقوعه بکل أمر، و لا من الجواز فی المساقاه الجواز فی کل عقد، إذ المدار علی صراحه الصیغه فی إنشاء المعامله المقصوده، لا علی خصوص صیغه معینه، لعدم الوضع الشرعی، و انتفاء ما یقتضی التعیین، فمتی تحققت الصراحه المطلوبه صح العقد و إن کان بغیر الماضی، و إن انتفت کان العقد فاسدا و إن کان بصیغه الماضی، ألا تری أن الفقهاء صرحوا فی الرهن بجواز مثل «هذا وثیقه» أو رهن مع اشتراطهم الماضویه فی العقود، و لیس إلا لصراحه الصیغه فی عقد الرهن، و إن المطلوب فی العقود صراحه الألفاظ، و إنما اعتبرت الماضویه فیها لقرب الماضی من الإنشاء، و بعده عن احتمال الوعد و الطلب، کما فی المستقبل و الأمر علی ما صرح به غیر واحد منهم، فإذا فرض مساواتها للماضی فی الصراحه صح فیها کما صح هو أیضا» و إن کان لا یخفی علیک ما فی هذا الکلام إذا أحطت خبرا بما ذکرناه فی غیر موضع من هذا الکتاب من أنه إن لم یکن إجماع جاز عقد جمیع العقود لازمها و غیره بجمیع ما یدل علی ذلک من حقیقه أو مجاز بصیغه الماضی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحکام المزارعه الحدیث- ۲.

و غيرها، و تكفى الصراحه الحاصله من قرائن المجاز، كالقرائن المشخصه للمشترك المعنوى، و الصراحه فى الماضى الحاصله بالقرينه المخرجه له عن احتمال الخبر، كالقرائن المخرجه لاحتمال الطلب، و الوعد فى الأمر و المضارع، فان جميعها عند إراده العقد بها تخرج عن إراده الفعليه و الزمانيه منها.

و بذلك يظهر لك ما فى دعوى الصراحه فى اسق و ازرع، فان غايتها الصراحه فى المعنى اللغوى، و هو غير معنى العقديه المساوى لحال ساقيت عند إرادته، كما هو واضح بأدنى تأمل، و من الغريب غفلته رحمه الله عن ذلك.

و أغرب منه ما وقع للمحقق الثانى هنا- من أن صيغ العقود اللازمه حيث كانت محتاجه إلى التوقيف من الشارع، و قد وضع لها الشارع صيغه الماضى لكونها أصرح صيغ الإنشاء، وجب الاقتصار عليها فى هذه المعامله المشتمله على الغرر و الجهاله، عملا باليقين، إذ هو كما ترى مجرد دعوى، خاليه عن الدليل، فإنه ليس فى الأدله الشرعيه ما يقتضى الوضع، بل فيها ما يقضى بخلافه فى كثير من المواضع التى منها ما سمعته فى المزارعه و الرهن و غير ذلك، و كذا دعوى ثانى الشهيدين من عدم صراحه الأمر فى الإنشاء. و عدم النص.

و بالجمله كلام الجميع فى المقام غير تام، كما لا يخفى على من تفضل الله عليه فى أحكامه بنوع من الإلهام، بل مما ذكرنا يظهر لك النظر فى مواضع أخر لم يذكرها فى مصابيح العلامه الطباطبائى و غيرها هذا.

و فى القواعد «لو قال: استأجرتك لتعمل لى فى هذا الحائط مده كذا بنصف حاصله لم يصح، على إشكال ينشأ من اشتراط العلم بالأجره إذا قصدت، أما إذا تجوز بلفظها عن غيرها فلا» و الظاهر أن مراده الإشكال فى عدم صحه هذا القول حال عدم العلم بحال قائله، من جهه احتمال إرادته المساقاه بلفظ آجرتك، و حينئذ يكون صحيحا لعدم اعتبار العلم بالعوض فيها، و ظاهره حينئذ جواز عقد المساقاه بالمجاز مع قرينه، و هو مؤيد لما ذكرناه سابقا.

نعم الأقوى فيه الفساد حملا للفظ على حقيقته، و الصحه لا تكون قرينه على إراده

غیره، و حینئذ یکون إجاره فاسده لا مساقاه صحیحه، و بذلک یظهر ما فی کلام الکرکی حیث قال: «إنه لا دلاله لعدم اشتراط العلم مع التجوز بلفظ الإجاره فی المساقاه علی صحه المساقاه بلفظ الإجاره» ثم احتمل فی العباره معنی آخر، و هو أن یکون قوله، و لو قال: استأجرتک مرادا به الإجاره، و قوله أما إذا قصدت شرطا للحکم فی ذلک بعدم الصحه علی إشکال، و قوله ینشأ من اشتراط العلم بالأجره، بیانا لأحد وجهی الإشکال مع ترک الأخر لظهوره، و معنی قوله إذا تجوز بلفظها عن غیرها فلا أن الاشکال فی عدم الصحه إذا قصد بالإجاره معناها، فإذا قصد بها التجوز فی غیرها و هو المساقاه فلا إشکال فی عدم الصحه، لامتناع المجازات فی العقود اللازمه، فإنه کما تری.

و علی کل حال ف هی لازمه کالإجاره بلا خلاف أجده فیه عندنا، بل إجماع علمائنا، و أکثر العامه علی ذلک، للأصل و عموم قوله تعالی (۱)«أَوْفُوا» خلافا للمحکی عن أحمد فی إحدی الروایتین من القول بالجواز، قیاسا علی المضاربه، و لما

روی (۲)«أن الیهود لما سألوا رسول الله صلی الله علیه و آله أن یقرهم بخیبر علی أن یعمروها و یکون لرسول الله، صلی الله علیه و آله و سلم شطر ما یخرج منها، قال لهم: «نقرکم علی ذلک ما شئنا»»،

و لو کان لازما لوجوب تحدید المده، و لم یجز التقدیر بالمشیئه و القیاس باطل عندنا، مع أنه لیس بأولی من قیاسها علی الإجاره کما أومی إلیه المصنف، و الروایه غیر ثابته، و لو صحت فلیس فیها ما یدل علی التقدیر فی المشیئه فی متن العقد، فیحمل علی المراضاه قبله کما عن التذکره التصریح به، أو علی اشتراط الخیار فی مدتها متی شاء، و الله العالم.

و کیف کان فلا إشکال کما لا خلاف نصا و فتوی فی أن المساقاه تصح قبل ظهور الثمره بل

الإجماع بقسمیه علیه، کما أنها لا تصح کذلک بعد ظهورها

۱- ۱ سوره المائده الآیه ۱.

۲- ۲ سنن البیهقی ج ۴ ص ۱۱۴.

و كمالها بحيث لم تحتج بعد إلى عمل تزيد به كما أو كيفا و إن احتاجت إلى عمل كالجذاذ و النقل و الحفظ من السارق و نحو ذلك، لعدم موضوع شرع المساقاه حينئذ و هل تصح بعد ظهورها مع بقاء عمل كسقى أو حرث و غيرهما مما تزيد به الثمره كما أو كيفا فيه تردد من أصاله الفساد. بعد الشك فى تحقق موضوع شرع المساقاه، لعدم إطلاق أو عموم بالخصوص فيها يتمسك به فى تنقيح موردها، بل قد يشك فى تناول (۱)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۲)«و إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ » لذلک، على وجه يقضى بشرعيه الفرد المشكوک فيه من العقد المخصوص الذى قد فرض عدم ما يصلح شارعا فيه بالخصوص لجميع أفراده من عموم أو إطلاق، ضروره احتمال إراده بيان اللزوم خاصه من الآيه الأولى فى العقود المتعارفه، كاحتمال إراده بيان شرعيه التجاره المعروفه فى الخروج عن أكل المال بالباطل، لا أن المراد بيان شرعيه كل عقد و كل تجاره على وجه يشمل المقام، و الإجماع إنما هو على شرعيه المساقاه فى الجمله، لا كل ما يصدق عليه ذلک، و صحيح ابن شعيب (۳)و قصه خيبر(۴)ظاهران فيما قبل

الخروج و من أن المفروض أولى بالمشروعيه من غير الخارج، لكونه أبعد عن الغرر بالوثوق بالثمره، و لحصول حكمه مشروعيه المساقاه و فائدتها فى المفروض.

و لعله لذا و نحوه كان الأظهر عند المصنف و غيره الجواز بشرط أن يبقى للعامل عمل و إن قل مما تستزاد به الثمره و إن كان لا يخفى عليک ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، فالأولى و الأحوط مع إراده ذلک الرجوع إلى الصلح أو الإجاره خصوصا فيما لو كان العمل بحيث لولاه لاختل حال الثمره إلا أنه لا تحصل به زياده.

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

۲- ۲ سوره النساء الآيه- ۲۹.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۸- ۹- ۱۰- من أبواب أحكام المزارعه.

و إن قال فی جامع المقاصد: «إن أمكن تحقق هذا الفرض ینبغی القول بالصحه لأنه لم یتحقق تناهی بلوغ الثمره، فتحققت الزیاده، لأن كمال البلوغ و نهایه الإدراک زیاده فیها.

لكن فی المسالک بعد أن فرضه فی مثل حفظها من فساد الوحش و نحوه قال:

«مقتضی القاعده عدم الجواز» و هو كذلک بعد الإحاطه بما عرفت مما یشكل معه تحقق المساقاه بعد ظهور الثمره، و إن حصل بعمله نفسه نمو لها فی الكم أو الكیف، فضلا عن مثل هذا الفرض و الله العالم.

و علی كل حال ف لا تبطل المساقاه بموت المساقی و لا بموت العامل علی الأشبه بأصول المذهب و قواعده التی منها استصحاب صحه العقد و لزومه كغیره من العقود اللازمه التی قد عرفت ذلک فی المزارعه منها، كما أنک قد عرفت الحكم هناک فیما لو كان اشترط علیه العمل بنفسه مع ظهور الثمره و بعده، فلاحظ، فان المسألتین من واد واحد، مع أنه سیأتی بعض ذلک أیضا فی مسأله ما لو هرب العامل، خلافا للمحكی عن الشیخ من البطلان بالموت كالإجاره، و فیه بعد تسلیم ذلک فی المقیس علیه أنه غیر جائز عندنا.

[الفصل الثانی فی ما یساقی علیه]

الفصل الثانی: فی ما یساقی علیه و هو كل أصل ثابت له ثمره ینتفع بها مع بقائه لا نحو البطیخ و الباذنجان و قصب السكر و القطن و نحوهما مما هو ملحق بالزرع، فان هذه و ما شابهها لیست كذلک و إن تعددت اللقطات، بل و إن بقی القطن أزید من سنه، لكن أصول هذه لا بقاء لها غالبا، و اضمحلالها معلوم عاده، و لا دلیل علی جواز عقد المساقاه علیها، إذ لیس هو إلا ما وقع من النبی صلی الله علیه و آله و سلم فی خیبر(۱)و صحیح یعقوب بن شعیب (۲)و لا عموم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- و ۱۰- من أبواب أحكام المزارعه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- و ۱۰- من أبواب أحكام المزارعه.

فیها، سیما بالنسبه إلی ذلک و(۱)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۲)و «إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ» لا یثبت بهما شرعیه الأفراد المشکوکه من المعامله المعهوده التی لها أفراد متعارفه، و إنما المراد من الأول بیان اللزوم، و من

الثانی عدم أکل المال بالباطل إذا کان بالتجاره المتعارفه، لا أن المراد شرعیه کل عقد و کل تجاره یقع الاتفاق علیها من المتعاقدین، کما هو واضح بأدنی تأمل، فما عن الشیخ من جواز المساقاه علی ما یجز مره بعد أخری واضح الضعف.

و علی کل حال ف قد بان لک أنه تصح المساقاه علی النخل و الکرم و باقی شجر الفواکه بل ذلک هو الثابت مما وصل إلینا من نصوص مشروعیتها التی لیست فی شی ء منها إطلاق یقتضی شرعیه کل فرد منها، و قیاسها علی المزارعه أ و استنباط حکمها منه لا یخفی علیک ما فیه خصوصا بعد الإحاطه بما ذکرنا.

نعم فیما لا ثمره له من الأشجار إذا کان له ورق ینتفع به کالتوت بالتاء المثناه و الحناء علی تردد من کونها من الأشجار، و غلبه الظن بوجوده فی خیبر، بل فی جامع المقاصد کاد یکون معلوما، و مساواه الورق لغیره فی کونه ثمره، و

فی بعض الاخبار(۳)«أن النبی صلی الله علیه و آله و سلم عامل أهل خیبر بشطر ما یخرج من النخل و الشجر»

و ما من أدوات العموم- و مما عرفت من أن هذه المعامله علی خلاف الأصل، و فیها من الغرر ما لیس فی غیرها، فالمتجه الاقتصار فیها علی المتیقن، خصوصا بعد ما عرفت من عدم الإطلاق.

و لو قیل بالتفصیل بین المساقاه علی هذه تبعا لغیرها من أشجار الفواکه فیجوز و مستقله فلا یجوز، لکان وجها، کالتفصیل فی التوت بین کونه فی بلاد یکون ورقه ثمره، و غیرها، فیجوز فی الأول دون الثانی کما فی بلادنا الان، و المراد منه الذکر لا

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

۲- ۲ سوره النساء الآیه- ۲۹.

۳- ۳ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۲.

الأنثى الذى له ثمر معلوم و الله العالم.

و كيف كـان فقـد ظهر لـک مما ذكرناه أنه لو ساقى على ودى أى غير المغروس من فسـيل النخل أو الصـغار أو على شـجر غير ثـابت لم يصـح بلاـ خلاـف أجـده فيه بيننـا اقتصارا فى المعامله المخالفه للأصول على موضع الوفاق و على الثابت من النصوص التى قد عرفت أما لو ساقاه على ودى مغروس إلى مده يحمل مثله فيها غالبا صح و إن لم يحمل فيها قيل: لأن مبنى المساقاه على تجويز ظهور الثمره، و ظنه بحسب العـاده، فإذا حصل المقتضـى صـح، و إن تخلف كما لو ساقاه على الشـجر الكثير و اتفق عـدم ثمره، بـل لاـ أجره له على عمله، لأـنه أقـدم على ذلـک، بـل فى المسالک «انه يجب عليه إتمام العمل فى باقى المـده، و إن علم بالانقطـاع قبلهـا، و مثله ما لو تلفت الثمار كلها أو أكلها الجراد أو غصـبها غاصب، فإنه فى جميع ذلک يجب على العامل إكمال العمـل، و لا أجره له و إن تضـرر، كما يجب على عامل القراض إنضاض المال و إن ظهر الخسـران، بل هنا أقوى، للزوم العقـد و وجوب العمل، و احتمل فى التذكره انفساخ العقد لو تلف الثمار بأسـرها، و استشكل الحكم فى القراض، فارقا بينهما بأن المباشر للبيع و الشـراء فى القراض العامل، فكان عليه إنضاض المال، بخلاف عامل المساقاه، و ينـدفع بأن المساقاه عقد لازم فلا يؤثر فيه تلف العوض، بخلاف القراض فإذا وجب على عامل القراض مع جوازه، و كون تغييره للمال باذن المالک، فهنا أولى.

و يمكن أن يقال: إن تلف الثمره هنا يكون كتلف العوض المعين قبل القبض المقتضى للبطلان فى البيع و نحوه و فيه نظر.

قلت: لاـ ريب فى أن الموافق للضوابـط الشـرعيه الانفسـاخ بعـدم خروج الثمره، لاعتبار العوض فى هـذه المعامله، و قـد انكشـف عدمه، و جواز الاقدام ظاهرا اعتمادا على المعتاد لا يقتضـى الصـحه، فضـلا عن اللزوم بعد الانكشاف، و ليس العوض فيها الثمره من حيث كونها مظنونه، بل العوض فيها الحصه من الثمره واقعا، و عـدم بطلان البيع فى بعض الصور الخاصه بعـدم خروج الثمره مع القول به بدليل خاص، كالتعليل فى بعض

النصوص (۱)بأنه إن لم يخرج فی هذه السنه يخرج فی السنه الأخرى و غيره، بل قد يقال:

بالبطلان بالتلف السماوى لها بعد الظهور قبل الإدراك، بناء على أن العوض الثمره مدركه، و بالجمله لا ينكر أصاله ذلك فی عقود المعاوضه التی من المعلوم عدم كون القراض منها، و إن كان هو شبه المعاوضه فی المعنى مع حصول الربح، لا أنه عقد معاوضه قد لوحظ فيه معنى

التعاوض و المقابله، و لعله لذا احتمل فی التذكره ما سمعت، بل فی جامع المقاصد- فی فرع ذكره فی أثناء مسأله ما لو ظهر استحقاق الأصول- «الجزم بعدم وجوب إكمال تمام العمل عليه تمام المده مع عدم خروج الثمره» إنما الكلام فی أنه انفساخ من حينه أو انكشاف وجهان: و لعل أولهما هو الظاهر من الحكم بالصحه فی المتن و غيره من كتب الأصحاب، مع احتمال اراده الحكم بها ظاهرا.

و على كل حال فالظاهر عدم استحقاقه الأجره، لا قدامه على نحو ذلك اقدام عامل القراض، مع احتمال الأجره على الثانی هذا كله فيما يحمل مثله عاده.

و أما إن قصرت المده المشترطه عن ذلك غالبا عاده أو كان الاحتمال على السواء لم يصح لأصاله الفساد، بعد ما عرفت من عدم إطلاق أو عموم يقتضی الصحه فی نحو الفرض، حتى لو اتفق حصول الثمره فيها فی تلك المده على خلاف العاده مع فقد الوثوق بالحصول.

نعم لا إشكال فی الصحه فيما لو ساقاه مثلا عشر سنين، و كانت الثمره لا تتوقع فی العاده إلا فی العاشره، لصيروره الثمره حينئذ فيها مقابله للعمل فی جميع المده، و لا يقدح خلو غيرها من السنين، فان المعتبر حصول الثمره فی مجموع المده، لا فی جميعها كما هو مقتضى السيره و غيرها و الله العالم.

[الفصل الثالث فی المده]

الفصل الثالث فی المده و لا خلاف معتد به أجده باعتبارها فيها و يعتبر فيها أی المده

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب بيع الثمار، الحديث ۱- ۸.

شرطان أحدهما أن تكون مقدره بزمان لا يحتمل الزياده و النقصان كقدوم الحاج و إدراك الغله و إن كانت هی الغله المعامل عليها علی المشهور، كما فی المسالک، وقوفا- فيما خالف الأصل، و احتمال الغرر و الجهاله- علی موضع اليقين، و اكتفی ابن الجنيد بتقديرها بالثمره المساقی عليها، نظرا إلی أنه بالنسبه إلی ثبوته عاده كالمعلوم، و لأن المقصود منها هو العمل إلی إكمالها، و لأن العقد مبنی علی الغرر و الجهاله، فلا يقدحان فيه، و الأجود الأول، و إن كان كلامه لا يخلو من وجه، و اعلم أن الاتفاق علی تقديرها فی الجمله كما قررناه، و أما تركها رأسا فيبطل العقد قولا واحدا، و لأن عقد المساقاه لازم كما تقدم، و لا معنی لوجوب الوفاء به (۱)[دائما و لا] إلی مده غير معلومه، و لا إلی سنه واحده، لاستحاله الترجيح بلا مرجح.

نعم من قال من العامه بأنها عقد جائز لا يعتبر عنده تعيين المده، لانتفاء المحذور الذی ذكرنا.

قلت: مضافا إلی ما فی قصه خيبر من ظهور ذكر المده باعتبار كون المحكی منها أن الواقع قد كان مزارعه و مساقاه بعقد واحد، و علی كيفيه واحده، و قد عرفت هناک النصوص الداله علی اعتبار المده فی المزارعه، فيكون الواقع منه عليه السلام مذكورا فيه المده، و

الأصل عدم مشروعيه غيره، مع ما فيه و فی غيره من إيماء كونهما علی كيفيه واحده بالنسبه إلی ذلک و غيره، إلا أن تلک بحصه من الزرع، و هذه من الشجر و النخل، بل و ظهور كونهما بمعنی الإجاره المعلوم فيها اعتبار ذلک.

و الانصاف أن العمده الإجماع الذی سمعته، و إلا فلزومها لا ينافی عدم اعتبار ذكر المده فيها، فيكون المساقی له استحقاق فی الثمره أبدا، و يستحق عليه الأعمال المشروطه أو المتعارفه خصوصا و

صحيح يعقوب بن شعيب (۲)الذی هو دليل مشروعيه المساقاه مع قصه خيبر خال عن ذكر المده قال فيه: «سألته- أی الصادق عليه السلام- عن الرجل يعطی الرجل أرضه فيها الرمان و النخل و الفاكهه فيقول: اسق هذا من الماء

۱- ۱ هكذا فی النسخ و الظاهر زياده« دائما و لا».

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ۲.

و اعمره و لک نصف ما خرج، قال: لا بأس»

بل لعل ذلک هو الظاهر من الإسکافی لا ما حکاه هو و غیره عنه، فإن الذی عثرنا علیه من کلامه فی المختلف أنه قال: «و لا بأس بمساقاه النخل و ما شاکله سنه و أکثر من ذلک إذا حصرت المده أو لم تحصر»، فان مراده نفی البأس فی المساقاه عن السنه و الأکثر مع ذکر المده، و عنها مع عدم ذکر مده أصلا، و لا تعرض فیه لبلوغ ثمره و غیرها، فیمکن قوله

بلزومها و الاستحقاق دائما و أبدا مع عدم حصر المده، إلا أن یکون هناک تعارف ینزله علی سنه العقد خاصه.

نعم لا اشکال بل و لا خلاف معتد به باعتبار تقدیرها مع التعرض لها بما لا یحتمل الزیاده و النقصان، کما فی کل عقد جی ء بها فیه، من غیر فرق بین ما کانت معتبره فی صحته کالإجاره، و بین غیره کمهر النکاح و ثمن البیع و نحوهما فتأمل جیدا.

و علی کل حال فالشرط الثانی أن تکون المده المذکوره فی المساقاه مما تحصل فیه الثمره غالبا و إن قلت کما إذا ساقاه فی آخر العمل بحیث یبقی منه یسیر مما فیه مستزاد للثمره یکفی فیه الشهر مثلا، و علی هذا المدار فی جانب القله، و قد تقدم فی المزارعه البحث فیما دون ذلک، مع إمکان دعوی الفرق بین المقام و بینها و بین الإجاره للزرع، بالقول أن الثابت من شرعیتها ذلک دون غیره، مع عدم إطلاق أو عموم یقتضیه بخلافه فیهما، أما الکثره فلأحد لها عندنا، خلافا للشافعی حیث شرط أن لا تزید علی ثلاثین سنه، و هو تحکم.

و قد تقدم الکلام أیضا فی المزارعه فیما لو فرض اتفاق قصور المده عن الإدراک علی غیر الأسباب العادیه فلاحظ و تأمل، بل منه یعلم الحال أیضا فیما لو اتفق عدم خروج الثمره أصلا فی المده الذی قد صرح بعضهم فیه هنا بأنه لا شی ء له، لا أجره مثل و لا غیرها، حتی لو خرجت الثمره بعد المده علی غیر المتعارف و الله العالم.

[الفصل الرابع العمل]

الفصل الرابع العمل الذى لا يعتبر فيه أن يكون سقيا و إن كان قد يتوهم من لفظ المساقاه المراد منها الأعم من ذلك و من غيره، فيجوز عقدها حينئذ على ما لا حاجه إلى السقى كما قد صرح به غير واحد نعم قد ذكر غير واحد من العامه و الخاصه أن إطلاق المساقاه يقتضى قيام العامل بكل ما يتكرر كل سنه بما فيه زياده النماء فى الكم أو الكيف من الرفق بحرث الأرض و حفرها المحتاج إليه، و ما يتوقف عليه من الآلات و العوامل من البقره و خشبه الحرث و السكه و المساحى و نحو ذلك، بل فى جامع المقاصد: لا نعلم فى وجوب ذلك خلافا هنا و فى المزارعه، و إصلاح الأجاجين أى الحفر التى يقف الماء فيها فى أصول الشجر و إزاله الحشيش المضر بالأصول و تهذيب الجرائد بقطع ما يحتاج إلى القطع منها، و كذا زياد الكرم و تهذيب الشجر من غير فرق فى ذلك بين الجزء اليابس و غيره و السقى و مقدماته المتكرره فى سنه كالدلو و الرشا و إصلاح طريق الماء و تنقيتها من الحمأه و نحوها، و استقاء الماء و فتح رأس الساقيه و سدها عند الفراغ على ما تقتضيه الحاجه و التلقيح و العمل بالناضح و تعديل الثمره بإزاله ما يضر بها من الأغصان و الورق ليصل إليها الهواء و ما تحتاج إليه من الشمس، و ليتيسر قطعها عند الإدراك، و وضع الحشيش و نحوه فوق العناقيد صونا لها عن الشمس المضره بها و رفعها عن الأرض كذلك، و اللقاط للثمره بحسب نوعها و وقتها مما يؤخذ للزبيب، يقطعه عند حلاوته فى الوقت الصالح له، و ما يعمل دبسا فكذلك، و ما يؤخذ يابسا فعند يبسه و إصلاح موضع التشميس (۱۱) المحتاج اليه و نقل الثمره اليه (۱۲) و تقليبها فيه و حفظها (۱۳) على أصولها و (۱۴) فى بيدرها، و طريق إيصالها إلى المالك إن لم يكن هو المتولى إلى غير ذلك مما ذكروه بالنسبه إلى العامل، كما أنهم قد ذكروا أيضا أن إطلاقها أيضا يقتضى قيام صاحب الأصل

ببناء الجدار و عمل ما يستقى به من دولاب أو داليه و إنشاء النهر و البئر و نحو ذلك مما لا يتكرر فى كل سنه فإنه الضابط فيه أيضا و إن عرض له التكرر فى بعض الأحوال.

نعم فى القواعد «فى البقر التى تدير الدولاب تردد» و لعله من أنها مال لا عمل، و لا يتكرر كل سنه، و من أنها تراد للعمل، فأشبه بقر الحرث، و لأن الإداره واجبه على العامل، فتجب مقدمته، و عن الشيخ و الفاضل فى المختلف الأول، و عن ابن إدريس الثانى، و توقف فيه فى جامع المقاصد.

و كذا الكلام فى الكش للتلقيح و نحوه فإنه قيل كما عن ابن إدريس : يلزم ذلك العامل و هو حسن عند المصنف لأن به يتم التلقيح و قيل: على المالك كما عن الأكثر لأنه ليس من العمل، و إنما هو من الأعيان التى تصرف إلى مصلحه الثمره، و كذا ترددوا فى بناء ثلم الجدران و وضع الشوك عليه فى أنه على المالك، أو على العامل، إلى غير ذلك من كلماتهم التى قد يشكل الفرق فيها بين عوامل الحرث و عوامل الاستقاء، بل بينها و بين الكش أيضا، فإن الجميع مال من العامل بل قد يشكل الحكم بوجوب مالا مدخليه له فى زياده الثمره و لا فى إصلاحها كالحفظ و النقل و نحوهما.

و أما ما ذكروه من الضابطين فلا أثر له فى شى ء من الأدله، فالمتجه حينئذ الرجوع فى مثل ذلك إلى المتعارف فى إطلاق عقد المساقاه مما يجب على العامل و المالك.

و أما غيره فيتبع الشرط، و إلا كان عليهما إذا أراداه، لأن المال مشترك بينهما، أو أن الأصل فيه وجوبه على العامل، لنحو ما سمعته فى المزارعه من

صحيح يعقوب بن شعيب (۱)عن أبى عبد الله عليه السلام الذى فيه «سألته عن المزارعه فقال: النفقه منك، و الأرض لصاحبها فما أخرج الله من شى ء قسم على الشطر، و كذلك أعطى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خيبر حين أتوه، فأعطاهم إياها على أن يعمروها، و لهم النصف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۰- من أبواب أحكام المزارعه الحديث- ۲.

مما أخرجت»

فإن ظاهر تشبيهه عليه السلام يقتضى كون وضع المساقاه على الوجه المزبور، فليس على المالك حينئذ إلا دفع الأصول، كما أنه ليس على المزارع إلا دفع الأرض، اللهم إلا أن يكون هناك تعارف أو شرط.

و على كل حال ف لو شرط المالك شيئا من ذلك مما عليه مع الإطلاق أو جميعه على العامل صح بعد أن يكون معلوما على وجه يرتفع معه الغرر المنافى للعقد، لعموم (۱)

«المؤمنون عند شروطهم»

. و أما لو شرط العامل على رب الأصول جميع عمل العامل له بطلت المساقاه، لأن الفائده لا تستحق إلا بالعمل و لعدم ما يدل على صحتها على هذا الوجه، بل الظاهر من الثابت منها اعتبار ماله مدخليه فى زياده الثمره أو صلاحها من العمل فى استحقاق الحصه.

و من هنا لو أبقى العامل عليه شيئا من عمله الذى له المدخليه المزبوره فى مقابله الحصه من الفائده و شرط الباقى على رب الأصول جاز (۱۱) للعموم المذكور، خلافا للمحكى عن المبسوط من عدم الجواز معللا له بأنه خلاف وضع المساقاه، و هو ممنوع مع أنه منقوض لما اعترف بجوازه فيما سيأتى، من اشتراط عمل غلام المالك معه الذى هو بمنزله عمله.

نعم لو أبقى العامل ما لا تحصل به مستزاد الثمره كالحفظ لم يصح، لمنافاته وضع المساقاه الثابت من الشرع، كما لو ساقاه و قد بقى من العمل ذلك، لكن لو أرادا ذلك و جعلاه معقد الإجاره مثلا جاز.

فتحصل مما ذكرناه أنه مع الشرط يعمل عليه إلا إذا كان منافيا لمقتضى العقد، إلا أن هذا كله فى اشتراط المخالف لمقتضى الإطلاق، أما إذا شرط ما اقتضاه كان تأكيدا، و لو شرط بعضه كان تأكيدا له، بل ربما كان له ثمره

من حيث الاشتراط، و وجب الإتيان بالباقى الذى تقتضيه الإطلاق، اللهم إلا أن يفهم من نفس الاشتراط

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

أو من قرينه أخرى إراده عدم الالتزام بغير المشروط هذا.

و فى جامع المقاصد «أنه متى أخل العامل بالعمل المشروط عليه تخير المالك بين فسخ العقد، و التزامه بأجره مثل العمل، نص عليه فى التحرير، فان فسخ قبل عمل شى ء فلا شى ء له، و إن كان بعده قبل الظهور فالأجره له، و إن كان بعد ظهور الثمره، فكذلك قضيه للاشتراط، و لو أخل بالأعمال الواجبه مع الإطلاق أو ببعضها فعلى ما سبق فى الإجاره يتجه أن للمالك الفسخ فى الجميع، و هل يضمن له أجره مثل ما عمل، يحتمل ذلك، و يحتمل العدم، و فى البعض إن أتى بشى ء و له الإلزام بالأجره، و لم أظفر بتصريح فى ذلك يعتد به، و نحوه فى المسالك مع زياده أنه لو حصل على الأرض نقص بسبب التقصير لزمه الأرش، و الظاهر أن الثمره كذلك.

قلت: لا- يخفى عليك ما فى إلزام العامل بأجره مثل العمل المشروط مع فرض فوات محله، و كذا فى صوره الإطلاق، و فى صوره اشتراط العامل على المالك، و صوره الإطلاق بالنسبه إليه، فإن جميع ذلك مبنى على تمليك الشرط العمل المشروط لمن له على وجه يكون من أمواله، و هو ممنوع، فإن أقصاه التزام من عليه الشرط بالعمل، و إجباره عليه و التسلط على الخيار بعدم الوفاء به، لا كونه مالا له، خصوصا مع اشتراكهما فى فائده الشرط كما هنا.

بل لا- يخفى عليك أيضا محل النظر فى غير ذلك من الكلام المزبور، حتى ما فى المسالك من ضمان النقص الحاصل فى الثمره و فى الأرض بعدم فعل الشرط، و ما اقتضاه الإطلاق مع دفع أجره المثل القائمه مقام العمل، و حينئذ فالمتجه عدم اختصاص المالك بها، ضروره كونها عوض العمل الذى يعود نفعه إليهما، فلا بد من ملاحظه ما يخصه منه، إما بمراعاه نسبه حصه العامل إلى حصته أو بغير ذلك، كما أن أرش نقصان الثمره لا يختص به، لكونها مشتركه بينهما، بل يقتصر على أرش حصته، نحو ما سمعته فى المزارعه، فيتجه حينئذ الاستغناء بذلك عن أجره مثل العمل، فتأمل جيدا. فإن المسأله محتاجه إلى تنقيح.

و كيف كان فقد بان لك مما ذكرناه أنه لو شرط العامل أن يعمل

غلام المالک معه جاز لأنه أولى من عمل المالک معه، و لأنه فى الحقيقه ضم مال إلى مال نحو اشتراط عامل القراض على المالک دفع راحلته مثلا لحمل مال القراض، نعم لو شرط عليه قيام غلامه بجميع العمل كانت المساقاه باطله.

أما لو شرط أن يعمل الغلام لخاص العامل بمعنى عمله فى الملک المختص بالعامل لم يجز عند الشافعى لصيروره عمل الغلام حينئذ مقابله لعمله، فتصير الفائده له بلا عمل و لكن فيه تردد من ذلک و من عدم منافاه ذلک للمساقاه إذ هو شرط خارج عنها و من هنا كان الجواز أشبه بأصول المذهب و قواعده.

و عن فخر المحققين أن المراد بما فى العباره اشتراط كون عمل الغلام للعامل يختص به، و رده فى جامع المقاصد بأنه حينئذ لم يحتج إلى قوله «لخاص العامل»، بل كان يكفى عنه قوله «للعامل»، على أنه لا محصل له فان عمل غلام المالک فى بستان المالک كيف يشترط كونه للعامل، و كيف يشترط مال شخص لآخر، و أى فائده لهذا الشرط.

قلت: قد يريد الفخر أن عمل الغلام للعامل بمعنى كونه قائما مقامه فى العمل عنه، على وجه لو لم يعمل العامل و عمل الغلام وحده كان جائزا، و حينئذ يكون وجه البطلان واضحا، و لعل قول المصنف أن الجواز حينئذ أشبه، لأن الفرض كون عمل الغلام معه، فلا يقدح كون عمل الغلام له، على معنى أنه لو كان له حصه كان للعامل، لا للمالک، إذ هو لا يزيد على عمل المالک معه، فتأمل جيدا و الله العالم.

و كذا فى كون الجواز أشبه بأصول المذهب و قواعده لو شرط (۱۱) العامل على المالک (۱۲) مثلا أجره الأجراء (۱۳) الذين يعينونه على العمل مع فرض كونها معينه أو شرط خروج أجرتهم صح منهما (۱۴) معا إذا كان مع ذلک للعامل عمل مقابل الحصه من الفائده، خلافا للمحكى عن الشيخ من البطلان، لمنافاته موضوع المساقاه الذى هو ليس إلا دفع الأصول من المالک، و فيه منع واضح، ضروره عدم ما يدل على اعتبار ذلک حتى بالشرط و نحوه.

و أما تفسير العباره و ما شابهها بأن المراد اشتراط العامل على المالک الأجره

على جميع العمل، على وجه لا يبقى للعامل إلا الاستعمال و السمسره، ففيه: إن المتجه فى مثله الفساد، لا الجواز، ضروره عدم ما يدل على الصحه بعد أن كان مثل ذلك خارجا عن عمل المساقاه المعتاد، و دعوى كونه عملا تدعو الحاجه إليه، فإن المالك قد لا يهتدى إلى الدهقنه و استعمال الاجراء، و لا يجد من يباشر الأعمال أولا يأتمنه، فيحتاج إلى مساقاه من يعرف ذلك، لينوب عنه فى الاستعمال كما ترى.

نعم لا بأس باشتراط العامل ذلك على أن تكون الأجره منه بمعنى اشتراط عدم مباشره العامل، فان ذلك لا يمنع صحه المساقاه حتى مع اشتراط عمل المالك بأجره منه عنه، فضلا عن غيره، ضروره عدم اشتراط المباشره فى المساقاه. و الله العالم.

[الفصل الخامس فى الفائده]

الفصل الخامس فى الفائده أى الثمره و لا خلاف فى أنه لا بد أن يكون للعامل جزء منها مشاعا بينه و بين المالك مساو أو مفاضل على نحو ما سمعته فى المزارعه، لأن ذلك هو الثابت من مشروعيتها دون غيره، فلو أضرب عن ذكر الحصه بطلت المساقاه حينئذ قطعا و كذا لو شرط أحدهما الانفراد بالثمره مطلقا أو سنه لم تصح المساقاه التى هى خلاف الأصل المقتصر فيما ينافيه على المتيقن، و ليس ذلك منه، بلا خلاف و لا إشكال، بل قضيه ما سمعته سابقا فى المزارعه من جماعه أنه كذلك تبطل المساقاه لو شرط لنفسه شيئا معينا و ما زاد بينهما.

بل و كذا لو قدر لنفسه أرطالا معلومه و للعامل ما فضل، أو عكس بل و كذا لو جعل حصه ثمره نخلات بعينها (۱۱) له و للآخر ما عداها (۱۲) الى غير ذلك مما ينافى الإشاعه فى مجموع الفائده الحاصله من الأصول التى وقع عقد المساقاه عليها، الذى صرح فى المسالك باعتباره هناك. و إلا لأمكن خلو أحدهما عنها مع عدم حصول غير المعين، لكن قد عرفت البحث فيه سابقا على وجه لا يخفى

علیک جریانه فی المقام، بناء علی اتحاد المزارعه و المساقاه بالنسبه إلی ذلک.

نعم یمکن الفرق بینهما بأن فی النصوص السابقه هناک ما ینافی اعتباره بالمعنی المذکور بخلافه هنا، فإنه لیس فی أدله مشروعیتها إلا الإشاعه فی الجمیع عدا قوله تعالی (۱)«أَوْفُوا»(۲)و «إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَهً عَنْ تَراضٍ» و قد عرفت سابقا الإشکال فی إثبات شرعیه الفرد المشکوک فیه من المعامله المتعارفه المعلوم شرعیه غیره من أفرادها، اللهم إلا أن یؤخذ علی طریق الشرطیه کی یستدل حینئذ علی مشروعیته بأدله الشرائط، لا علی وجه الجزئیه فی عقد المساقاه کما أومأنا إلیه فی المزارعه فلاحظ و تأمل.

و کیف کان فلا خلاف و لا إشکال فی أنه یجوز أن یفرد کل نوع بحصه مخالفه للحصه من النوع الأخر کالنصف من ثمره النخل، و الربع من الکرم مثلا لعدم منافاته للإشاعه فی مجموع الفائده، لکن إذا کان العامل عالما بمقدار کل نوع من النوعین حذرا من الغرر و الجهاله، فإن المشروط فیه أقل الأمرین قد یکون أکثر الجنسین.

لکن لا یخفی علیک تحقق الجهاله أیضا مع عدم إفراد کل نوع بحصه، بل کانت فی الجمیع متحده، فما عساه یظهر من العباره من اختصاص اشتراط ذلک فی صوره الإفراد خاصه لا یخلو من نظر، اللهم إلا أن یدعی باستفاده اغتفار الجهاله فی الثانی، دون الأول من الأدله، إلا أنه کما تری، أو یقال، إن الجهل الناشی من الافراد غیر الجهل، بأصل الحدیقه، فقد یعلم بها من حیث المساقاه علیها بالنصف من حاصلها أجمع، و إن لم یعلم مقدار کل نوع منها، بخلاف ما لو أفرد کل نوع بحصه مخالفه للحصه من الآخر فتأمل فإنه لا یخلو من دقه و الله العالم.

و لو شرط مع الحصه من النماء ملک حصه من الأصل الثابت لم یصح لأن الثابت من مقتضی المساقاه جعل الحصه من الفائده خاصه دون غیرها

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

۲- ۲ سوره النساء الآیه- ۲۹-.

الباقی علی أصاله عـدم المشـروعیه، مضافا إلی أن الحصه من الأصول تدخل فی ملکه حینئذ فلا یکون العمل المبذول فی مقابله الحصه واقعـا فی ملـک المالـک، و لا واجبا بالعقـد، إذ لا یعقل أن یشترط علیه العمل فی ملک نفسه، و هو المحکی عن الأکثر کالطوسی و الحلی و غیرهما، بل فی الریاض «لم أقف علی مخالف صریحا و لا ظاهرا».

قلت و لکن الانصاف مع ذلک أن فیه ترددا مما عرفت، و من عموم (۱)«أَوْفُوا» و

(۲)«المؤمنون عند شروطهم»

و نحو ذلک الذی جزموا بصحه اشتراط الذهب و الفضه و غیرهما کما ستعرفه، و احتمال الفرق بینهما- بأنه فی الفرض قد جعل الحصه من النمـاء فی مقابـل العمـل بجمیـع المـال المعقود علیه، و مع فرض صـیروره جزء من المـال له بالشـرط، لم یکن العمل بجمیع المـال المملوک للمالـک فلم یسـتحق مجموع الحصه المشترطه له، لإخلاـله بالشـرط و هو العمل بالجمیع، فیبطل العقـد- یدفعه أن الاشتراط المزبور کالاستثناء من العمل بجمیع المال، بل هو بیان لاستحقاق الحصه بالعمل فیما یخص المالک، و الباقی بتبعیه النماء للملک.

و التحقیق البطلان مع أخذ الحصه من الأصول عوضا علی حسب الحصه من الفائده، لعدم ثبوت شرعیه المساقاه علی هذا الوجه، و لا صلاحیتها لتملیک عوض غیر الحصه من الفائده من غیر فرق بین الحصه من الأصول، و الذهب و الفضه و غیرهما.

أما لو أخـذ علی جهه الشـرطیه التی هی سـبب أیضا فی التملیک، فالظاهر الصـحه لعموم الأدله الذی لا فرق فیه بین ذلک و بین اشتراط

الذهب و الفضه، و لعله بذلک یلتئم الکلام أجمع و الله العالم.

و لو ساقاه بالنصف مثلا إن سـقی بالناضح، و بالثلث إن سقی بالسائح بطلت المساقاه، لأن الحصه لم تتعین مع الترديد و التعلیق و لکن فیه تردد من ذلـک، و من أنهـا معینه علی کـل من تقـدیرین، فهی کالإجـاره علی خیـاطه الثوب بـدرهم إن کـان رومیـا، و بدرهمین إن کان فارسیا، بل المساقاه فی الحقیقه

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲۰ من أبواب المهور الحدیث- ۴.

قسم من الإجاره.

و لكن لا يخفى عليك أن الأشبه بأصول المذهب و قواعده الأول لعدم كون ذلك تعيينا رافعا للجهاله، بل و لا جزما، و جوازه فى الإجاره لو قلنا به لدليل خاص لا يقتضى الجواز هنا، بعد حرمه القياس، و معلوميه استقلال عقد المساقاه عن عقد الإجاره كما هو واضح و الله العالم.

و يكره أن يشترط رب الأرض على العامل مع الحصه شيئا من ذهب أو فضه بلا خلاف أجده كما اعترف به غير واحد، و لعل مثل ذلك كاف فى ثبوتها المتسامح فيه.

لكن لا إشكال فى أصل الجواز عندنا، فلا ينبغى التوقف فيه لعموم(۱)

«المؤمنون»

مع عدم كونه منافيا لمقتضى العقد و لا للشرع، فيجوز حينئذ و يجب الوفاء بالشرط هذا.

و قد ذكر غير واحد من الأصحاب أنه لو تلفت الثمره أجمع بآفه سماويه أو ارضيه لم يلزم الوفاء به و كذا إذا لم تخرج و إلا كان أكل مال بالباطل، لامتناع استحقاق أحد العوضين أو بعضه بدون ما يقابله من العوض الآخر، فان الشرط جزء من العوض.

لكن فى جامع المقاصد «إن الحكم فى الصوره المفروضه واضح، أما العكس و هو الشرط من العامل على المالك فظاهر إطلاق عباره التذكره و التحرير أنه كذلك، و فيه نظر، لأن العوض من قبل العامل و هو العمل قد حصل، و الشرط قد وجب بالعمل، فكيف يسقط بغير مسقط، فان تلف أحد العوضين لا يوجب سقوط البعض الأخر مع سلامه العوض الأخر، و تبعه فى المسالك.

قلت: قد يقال: إن المدرك لذلك هو بطلان المساقاه الذى يتبعه بطلان الشرط باعتبار فوات الفائده التى هى ركن فى المساقاه، و عدم بطلان البيع فى بعض الصور الخاصه بعدم خروج الثمره لدليل مخصوص، لا يقتضى الجواز هنا، كما أن الاقدام

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰ من أبواب المهور الحديث ۴.

عليه معدوما للعاده، لا يقتضى الصحه مع تخلفها، و ربما شهد لذلك فى الجمله ما اعترف به فى جامع المقاصد فى فرع ذكره فى مسأله هرب العامل «أنه لا يجب عليه إكمال العمل تمام المده مع عدم خروج الثمره أو تلفها» كما عن التذكره احتماله أيضا إذ لا وجه له إلا انفساخها بذلك، و إلا لوجب الإكمال كما هو خيره المسالك ظاهرا مشبها له بعامل القراض الذى لم يربح مع وجوب الإنضاض عليه إلا أنه احتمل أخيرا كونه كتلف العوض المعين فى البيع قبل قبضه الموجب للانفساخ، ثم قال:

«و فيه نظر.» قلت: بل النظر فى غيره، ضروره قصد المعاوضه فى المساقاه بخلافه فى المضاربه التى يراد منها الحصه من الربح الذى قد يحصل و قد لا يحصل، بخلاف المقام المعتبر فيه الطمأنينه بحصول الثمره، و لا يكفى الاحتمال عندهم، و حينئذ فلا إشكال فى الحكم المزبور، إنما الكلام فى تلف البعض، فقد يظهر من المصنف عدم سقوط شى ء من الشرط به، لظهور كلامه فى اعتبار تلف الجميع فى السقوط.

لكن فى القواعد «و فى تلف البعض أو قصور الخروج إشكال» و فى جامع المقاصد «ينشأ من أن الشرط محسوب من أحد العوضين، و لا ريب فى أن مجموع أحد العوضين مقابل بمجموع الأخر فيقابل الأجزاء بالأجزاء فإذا تلف بعض أحد العوضين وجب أن يسقط مقابله من العوض الأخر، و من ثم لو لم تخرج الثمره أصلا أو تلف جميعها سقط المشروط كله، و من أن مقابله الأجزاء بالاجزاء فى عوض المساقاه منتفيه، لأن الفائت و التالف عند حصول التلف أو نقصان الخروج غير معلوم، فلو تحققت المقابله لم يكن الساقط فى مقابله معلوما، و لذلك لو تلف بعض الثمره أو نقص الخروج عن العاده لم يسقط شى ء من العمل أصلا، و لأن العامل يملك حصته من الثمره بالظهور، فإذا تلف بعضها تلف فى ملكه بعد استحقاقه إياه بالمعاوضه، فلا يسقط بتلفه بشى ء من العوض الأخر.

لا يقال: فعلى هذا إذا تلف الجميع يجب أن لا يسقط الشرط لعين ما ذكر.

لأنا نقول: ذلک ضرر فینفی بالحدیث (۱)و اعلم أن الاشکال فی قصور الخروج لا وجه له أصلا لأن العوض هو ما یخرج قلیلا کان أو کثیر الا ما یتوقع خروجه بحسب العاده، فکیف یعقل سقوط شی ء من المشروط بتخلف العاده، أما تلف البعض فإن الإشکال فیه و إن کان لا یخلو من وجه إلا أن عدم سقوط شی ء أقوی، لما قررناه، و یؤیده عموم (۲)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۳)و

«المؤمنون عند شروطهم»

و تبعه علی ذلک کله فی المسالک.

قلت: لعله أیضا مبنی علی ما عرفت من بطلان المساقاه فی خصوص الفائت.

فیکون من تبعض الصفقه فی المساقاه، و بالجمله إن فائت الفائده لو کان معلوم الحال وقت العقد لم تکن المساقاه علیه صحیحه، و الجهل بحاله من أول لا یصیر سببا للصحه فی الواقع.

نعم هذا کله فی عدم الخروج مثلا- أما التلف بعده فقد یقال: إن مبناه اعتبار الإدراک فی الفائده التی هی رکن فی المساقاه، لعدم النفع بها دونه و عدمه، فعلی الأول یتجه البطلان بخلاف الثانی.

و علی کل حال فلیس للعامل فی مقابله عمله إلا ما حصل من الفائده کما أنه لیس له شی ء مع فرض عدمها أصلا لإقدامه علی ذلک فتأمل جیدا و الله العالم.

[الفصل السادس فی أحکامها و هی مسائل]

اشاره

الفصل السادس: فی أحکامها أی المساقاه و هی مسائل:

[المسأله الأولی کل موضع تفسد فیه المساقاه فللعامل أجره المثل]

الأولی کل موضع تفسد فیه المساقاه أی یعلم فساد أصل انعقادها فللعامل أجره المثل لأصاله احترام عمل المسلم الواقع بالاذن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الخیار الحدیث- ۳ و ۴ و ۵.

۲- ۲ سوره المائده الآیه- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب ۲۰ من أبواب المهور الحدیث ۴.

ممن استوفاه، و الثمره لصاحب الأصل المملوک له فیتبعه نماؤه مع فرض عدم الناقل له شرعا عنه، من غیر فرق فی ذلک بین العلم بالفساد و الجهل به، و بین کون الفساد من اشتراط کون الثمره للمالک و غیره کما هو مقتضی إطلاق المصنف و غیره، بل فی المسالک «نسبته إلی الأکثر» و وجهه ما عرفت من أصاله احترام عمل المسلم، بعد العلم بعدم کون ذلک من المتبرع المسقط للأجره له، أو الشک فیه، و الرضا بالعقد الفاسد أو بالعقد المتضمن لعدم الأجره، لیس رضا بالعمل بلا أجره، فإن الحیثیه ملاحظه، بمعنی کون المتشخص منه فی الخارج الرضا بالعقد الذی لا یترتب علیه ذلک، و العمل الصادر منه إنما هو من حیث انه مقتضی العقد الفاسد، لا أنه رضی منه بالعمل فی حد ذاته و فی نفسه بلا عوض، فمع فساد العقد الذی قد وقع العمل علی مقتضاه معاملا معامله الصحیح، یبقی احترام العمل بنفسه.

فما فی المسالک- تبعا لجامع المقاصد من تقیید إطلاق المصنف و غیره بما إذا لم یکن العامل عالما بالفساد، و بما إذا لم یکن الفساد باشتراط کون الثمره أجمع للمالک لکونه فی الصورتین متبرعا لا یستحق علی عمله شیئا کما تری، لا یخلو من نظر، و أولی منه فی ذلک ما عن الشهید من أن الواجب له حیث یجب له أقل الأمرین من الحصه و أجره المثل، لا قدامه علی التبرع بما زاد علیها مع نقصانها عن أجره المثل، إذ لا یخفی أن إقدامه علی العقد المقتضی لذلک بعد فرض فساده لا یقتضی إلزامه و ترتیب حکمه علیه، فیبقی احترام عمله فی نفسه علی ما تقتضیه الضوابط الشرعیه، من ضمانه بأجره المثل کما هو واضح بأدنی تأمل و الله العالم.

[المسأله الثانیه إذا استأجر أجیرا للعمل بحصه منها فإن کان قبل ظهورها لم یجز]

المسأله الثانیه: إذا استأجر أجیرا للعمل بحصه منها أی الثمره فإن کان قبل ظهورها لم یجز قولا واحدا، لکونها معدومه، و جواز جعلها عوضا فی المساقاه للدلیل لا یقتضی الجواز هنا بعد حرمه القیاس و إن کان بعد بدو الصلاح جاز بلا خلاف و لا إشکال، لعموم الأدله و إطلاقها السالمین عن معارضه ما یقتضی المنع، و إن کان بعد ظهورها و نمو لها مقطوعه و قبل بدو الصلاح بشرط القطع، صح إن استأجره بالثمره أجمع قیل بناء علی اعتبار ذلک فی البیع الذی

قد عرفت قوه جواز ذلک فیه، بدون الشرط المزبور الذی یمکن إراده الکنایه به عن ملاحظتها نفسها حال العقد، لا حال بدو صلاحها الآتی مثلا، و إلا فاشتراط القطع من حیث کونه اشتراطا، لا مدخلیه له فی مالیته علی وجه یصلح کونه مبیعا و أجره، فلا بأس حینئذ مع شرط القطع أو شرط البقاء مده معلومه، و لا یکون بذلک مبیعا أو أجره حال إدراکه الذی هو معدوم الان، و إنما یکون حالا طارئا علی ملکه.

و بذلک یظهر أن مدرک الجواز، الأصول و القواعد، لا القیاس علی البیع الممنوع عندنا، و لعله لذا لم یذکر المصنف الجواز مع الضمیمه، أو العامین کما ذکره فی البیع، فإنه مع فرض المنع بدون اشتراط القطع إلا مع الضمیمه أو العامین یختص البیع بالجواز، لدلیله، و لا- یقاس علیه ما هنا مع احتماله، بل جزم به فی المسالک قال «و ترکه المصنف اتکالا علی ما ظهر من ذکر الجواز بشرط القطع من اتحاد الحکم فی المقامین.

و لو استأجره ببعضها قیل: لا یصح لتعذر التسلیم لإمکان عدم إذن الشریک، فیتعذر القطع المعتبر اشتراطه فی الصحه و الوجه الجواز کما فی المسالک قال: «لإمکان القطع و التسلیم بالأذن، کما فی کل مشترک، و لو فرض امتناع الشریک تمکن باذن الحاکم».

قلت: مع فرض کون الشریک المستأجر یتجه حینئذ الصحه، للتمکن من اشتراط القطع علیه برضاه، و التزامه به، أما إذا کان غیره و قلنا بعدم جواز القسمه بالخرص و التخمین، و عدم جواز الإجبار علی القطع قبل الإدراک، لما فیه من الضرر، یشکل الجواز حینئذ، بعدم إحراز الشرط المعتبر فی الصحه، بناء علی اعتباره، و إن کان قد عرفت قوه عدمه إلا إذا أرید به الکنایه عما ذکرنا.

و قد تقدم لنا فی بیع الثمار ما ینفع ملاحظته فی المقام، خصوصا فی الفرق بین النخل و غیره من الأشجار، مع أن المصنف لم یشر إلی شی ء من ذلک، و کان غرضه المعظم الفرق بین المساقاه و الإجاره، من جواز الأولی بحصه منها قبل الظهور،

لکونها مشروعه علی ذلک، بخلاف الثانیه التی هی باقیه علی مقتضی القواعد، من اعتبار المعلومیه فی الأجره، و لذا اقتصر علی اشتراط القطع دون الضمیمه و العامین، المحتمل کون جوازهما فی البیع، للدلیل الخاص من الإجماع أو غیره و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا قال ساقیتک علی هذا البستان بکذا علی أن أساقیک علی الآخر بکذا قیل یبطل]

المسأله الثالثه: إذا قال: ساقیتک علی هذا البستان بکذا، علی أن أساقیک علی الآخر بکذا قیل: و القائل الشیخ فیما حکی عنه یبطل لأنه کالبیعین فی بیع، و لعدم لزوم هذا الشرط الذی هو بمنزله الوعد، و الفرض أنه سبب فی زیاده العوض أو نقصانه، و لم یعرف مقدار ذلک فیتجهل و یبطل، و کذا الکلام فی بعتک هذا العبد بکذا، علی أن تبیعنی عبدک بکذا. نعم لو ساقاه علی الحدیقتین صفقه صح، و إن اختلفت الحصه.

و لکن لا یخفی أن الجواز أشبه بأصول المذهب و قواعده، ضروره عدم کونه من ذلک المفسر بالبیع بثمنین إلی أجلین مثلا، أو علی تقدیرین، و تناول «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» التی منها المشتمله علی الشرائط للمفروض، مضافا إلی عموم (۱)

«المؤمنون عند شروطهم»

فیجب الوفاء حینئذ به، و إن سلم کونه وعدا لم یقدح، و إن صار داعیا لزیاده العوض أو نقصانه کما هو واضح.

و أضعف منه ما عن ابن الجنید حیث قال: «لا اختار إیقاع المساقاه صفقه واحده علی قطع متفرقه بعضها أشق عملا من بعض، إلا أن یعقد

ذلک و یشترط فی العقد، العقد علی الأخری» إذ هو کما تری أیضا لا دلیل علیه، فالتحقیق الجواز فی الصورتین و الله العالم.

[المسأله الرابعه لو کانت الأصول لاثنین فقالا لواحد ساقیناک علی النصف صح]

المسأله الرابعه: لو کانت الأصول لاثنین مثلا فقالا لواحد مثلا ساقیناک علی أن لک النصف مثلا صح، و إن لم یعلم نصیب کل واحد منهما، لعدم مدخلیه ذلک فی العلم بحصته، و لیس إلا تعدد المالک، و هو غیر مانع کباقی الصور المتصوره فی المقام بالنسبه إلی اتحاد المالک و العامل، و تعددهما.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۴.

نعم لو قالا له على أن لك من حصه فلان النصف، و من حصه الآخر الثلث صح أيضا و لكن بشرط أن يكون عالما بقدر نصيب كل واحد منهما و حينئذ لو كان جاهلا بطلت المساقاه لتجهيل الحصه كما هو واضح هذا.

و قد ذكر فى المسالك بعض الصور لبيان كيفيه القسمه بينهم، للتدريب لا فائده فى ذكرها. و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا هرب العامل لم تبطل المساقاه]

المسأله الخامسه: إذا هرب العامل غير المعين فى أثناء العمل لم تبطل المساقاه قطعا لأصاله صحتها، بل ظاهر الأصحاب هنا بقاؤها على اللزوم ف ليس للمالك الفسخ بمجرد ذلك، خصوصا إن بذل العمل عنه باذل و إنما يرفع أمره إلى الحاكم فيطلبه و يجره على العمل، فان تعذر ذلك استأجر من ماله من يعمل عنه، أو بأجره مؤجله إلى وقت الثمره، و مع فرض ظهورها و بدو صلاحها استأجر بحصته أجمع أو بعضها، أو بالاقتراض عليه.

أو دفع إليه الحاكم من بيت المال ما يستأجر عنه و لو على جهه القرض عليه أو بغير ذلك من الصور التى يحصل بها الحق ممن عليه إلى من هو له، لأنه ولى كل ممتنع، لقوله تعالى (۱)«إِنَّما وَلِيُّكُمُ اللّٰهُ وَ رَسُولُهُ وَ الَّذِينَ آمَنُوا» و حينئذ متى حصل أحدهما فلا خيار للمالك لعدم الضرر عليه مع أصاله اللزوم.

و لكن قد يقال: إنه مناف لما يستفاد منهم فى غير المقام، كالخيار بعدم الوفاء بالشرط، و كالخيار بتأخير الثمن، و بالامتناع عن العمل و تسليم العين المستأجره، و نحو ذلك من ثبوت الخيار بمجرد حصول شى ء من ذلك، من غير مراجعه إلى الحاكم، بل ظاهرهم أنه متى حصل من أحد المتعاقدين بعقد لازم ما ينافى استحقاق الآخر عليه من حيث اللزوم، شرع له الشارع الفسخ، و كان العقد فى حقه جائزا دفعا لضرره بذلك، لقاعده(۲)

«لا ضرر و لا ضرار».

۱- ۱ سوره المائده الآيه ۵۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- ص أبواب الخيار الحديث- ۳- ۴- ۵.

نعم لو لم يختر الفسخ رفع أمره إلى الحاكم فى تحصيل حقه، كما أنه قد يمنع وجوب فعل الصور المزبوره على الحاكم، و إن ظهر ذلك من عباراتهم، ضروره كون قيام الحاكم فى هذه الأمور من باب الحسبه و الإحسان الذى لا يجب عليه مراعاته و على كل حال فقد ذكروا هنا أنه إن تعذر فعل شى ء من ذلك الذى قدمنا ذكره، بل و لو لعدم إمكان إثبات الحق عند الحاكم على ما فى المسالك أو لعدم إمكان الوصول اليه، كان له الفسخ لتعذر العمل حينئذ عليه، فينحصر دفع ضرره بذلك.

و لو لم يفسخ و تعذر الوصول إلى الحاكم و لو على الوجه المزبور كان له أن يشهد أنه يستأجر عنه و حينئذ له أن يرجع عليه لكونه كالحاكم فى الولايه عنه بالنسبه إلى ذلك (۱)إذ «الْمُؤْمِنُونَ (وَ الْمُؤْمِناتُ) بَعْضُهُمْ أَوْلِياءُ بَعْضٍ» لكن على تردد مما عرفت، و من الشك فى ثبوت الولايه له على الوجه المزبور فى هذا الحال.

و على كل حال لو لم يشهد لم يرجع إذا أنكره العامل، للأصل و الفرض عدم البينه على الاستيجار عنه، بل لعل ظاهر العباره عدم الرجوع حتى لو صدقه العامل، بل و حتى لو كان الاشهاد متعذرا لكونه أى الاشهاد حينئذ بمنزله الحاكم، بل فى المسالك أنه أحد الأقوال فى المسأله، و الثانى: لا يرجع مع التمكن منه، و الثالث: الرجوع مطلقا، و أشكله تبعا للكركى بأنه لا مدخليه للإشهاد فى

ثبوت الحق فى نفسه، و لو لإراده المقاصه، و إنما أقصاه توقف الإثبات عليه، لا الثبوت.

و من هنا كان الأقوى الثالث، بل احتمل قبول قوله بيمينه، لأن الأصل عدم تبرع الإنسان بعمل يحصل فيه غرامه عن الغير، و إن كان هو كما ترى، ضروره عدم كون ذلك أصلا أصيلا.

نعم قد يقال بذلك، بناء على ثبوت ولايته عنه فى ذلك فى هذا الحال، لما عرفت كما أنه قد يقال: إن مراد المصنف بالإشهاد الذى جزم بعدم الرجوع مع عدم

۱- ۱ سوره التوبه الآيه- ۷۱.

إحضـار عـدول المؤمنين على ذلـک، لأـن الولاـيه لهم مع عـدم الحـاکم، بـل قـد ذکرنا فی غیر المقام، إمکان ثبوت أمثال هـذه الولایات التی هی من الحسب و الإحسان لفساق المؤمنین مع تعذر العدول، فلاحظ و تأمل، هذا کله فی العامل غیر المعین.

أما هو فالمتجه ثبوت الخیار بمجرد تعذر مباشـرته و إن وجد المتبرع، بل لو تبرع عنه متبرع لم یقع العمل له، و لم یستحق بذلک الحصه و إن قصد إتمام العمل عنه، بخلاف غیر المعین، فان الظاهر کونه علی حصته مع إتمام المتبرع و إن لم یقصد العمل عنه، لأن عقـد المساقاه ملکه الحصه مع حصول العمل منه أو من غیره، کما لو اسـتغنی بماء المطر عن السـقی، کما صـرح بـذلک فی جامع المقاصد.

لکن قد یناقش فی الثانی بعدم استحقاقه الحصه التی هی عوض العمل منه أو عنه، فأما إذا لم یکن منه و لا عنه لم یستحقها، نحو من استأجر علی عمل فاتفق حصوله من غیره لا بقصد النیابه عنه.

و تـدفع بأن عقـد المساقاه اقتضـی کون العمل فی ذمته، فمتی وقع کان عنه و له، لعـدم تصور کونه عمن لیس فی ذمته، علی أن المساقـاه لا ریب فی بقائها علی الصـحه التی معناها ترتب الأثر الـذی هو ملک الحصه، و تکلیف العامل بأجره المثل للمالک مع حصول العمل له تاما لا وجه له، فلس حینئذ إلا ما ذکرنا.

لکن الانصـاف مع ذلـک کله عـدم خلو الحکم عن اشـکال، باعتبـار عـدم ظهور الفرق بینه و بین من اسـتوجر علی عمـل فـاتفق حصوله من غیره، کقلع الغرس فـانقلع لنفسه، و کالاستیجـار علی إزاله قمـامه فـاتفق إطـاره الریـح لهـا، و نحو ذلـک، و احتمـال الالتزام بالأجره فیها صعب.

اللهم إلا أن یقال: إن وضع المساقاه و المزارعه و مشروعیتهما علی ذلک، فان المراد حصول الزرع و الثمره الصالحه کما و کیفا، فمع احتیاج ذلک إلی العمل فعله العامل، و إن اسـتغنی عنه بفعل الله أو بفعل الغیر سـقط عنه، و اسـتحق حصـته بخلاف الإجاره، فإن المراد منها مقابله العوض بالعمل منه أو عنه و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا ادعی المالک أن العامل خان أو سرق أو أتلف أو فرط فتلف و أنکر العامل فالقول قوله مع یمینه]

المسأله السادسه: إذا ادعی المالک أن العامل خان أو سرق، أو أتلف

أو فرط فتلف أو نحو ذلک و أنکر العامل ف لا ریب فی أن القول قوله أی العامل مع یمینه لأنه منکر بموافقته للأصل سواء کان أمینا له أم لا.

نعم ضمانه بالتفریط یتوقف علی أمانته، فلا تتوجه الدعوی به إلا فی صوره کونه أمینا له، و علی کل حال فالقول قوله أیضا فی عدمه، للأصل، و کان ظاهر المتن و غیره سماع الدعوی بذلک مع الجهل بالمقدار، لعموم قوله علیه السلام(۱)

«البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر».

لکن فی التذکره «لم تسمع دعواه حتی یحررها ببیان المقدار» مع أن المحکی عنه فی باب القضاء سماع الدعوی المجهوله، و یأتی إنشاء الله التحقیق فی ذلک.

و کیف کان ف بتقدیر ثبوت الخیانه بالبینه أو بغیرها هل ترفع یده أو یستأجر من یکون معه من أصل الثمره؟ ظاهر المصنف احتمال الأول و لعله لأن إثبات یده علی حصته، یستدعی إثباتها علی حصه المالک التی له دفع یده عنها.

و فیه: منع توقفه علی ذلک، لإمکان وضع المالک أمینا لحفظ ما یرجع إلیه معه، إلا أنی لم أجده قولا لأحد من أصحابنا، بل و لا غیرهم.

نعم عن المزنی یستأجر علیه من یعمل معه، و فی موضع آخر یضم إلیه أمین یشرف علیه و هو المحکی عن مالک، و فی الإسعاد شرح الإرشاد للشافعیه یلزمه الحاکم بأجره مشرف یراقبه و لا تزال یده، لأنه مستحق للعمل و یمکن استیفاؤه منه بهذا الطریق، فتعین جمعا بین الحقین.

و الوجه المطابق لأصولنا أن یده لا ترفع عن حصته من الربح أی الثمره لعموم (۲)«تسلط الناس علی أموالها» و (۱۱) لکن للمالک رفع یده عما

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۵ ص أبواب أحکام الدعوی المستدرک ج ۳ ص ۱۹۹.

۲- ۲ البحار ج ۲ ص ۲۷۲.

عـداه بـل له أيضا ذلك مع عـدم الخيانه و حينئـذ ف لو ضم أى المالك إليه أمينا لحفظ ما يرجع اليه كانت أجرته على المالك خاصه كما فى القواعد و التذكره و جامع المقاصد و المسالك، لرجوع مصلحته اليه.

لكن قـد يشـكل مع فرض كون الحفظ على العامل، بأنه من الأعمال الواجبه عليه الذى يتجه الاستيجار عليه، مع فرض عدم قيامه به، و قد يدفع لمنع كون ذلك من عمل المساقاه، و إن وجب الحفظ عليه إذا كان أمانه فى يده، و إن سـلم فالمراد به الحفظ من الغير، و أما الحفظ منه فهو من تحريم الخيانه و السرقه، لا من حيث المساقاه، على أنه بثبوت الخيانه

منه فى الجمله لا دليل على عدم قبول الحفظ منه مع بذله له.

و على كل حال فلو لم يمكن الحفظ منه و لو مع الحافظ ففى القواعد «الأقرب رفع يده من الثمره، و إلزامه بأجره عامل» و اختاره فى المسالـك، و لعل الأول، لأن للمالك أن يحفظ ماله قطعا و لا يتم إلا برفع يـد العامل، لأنه الفرض، و الثانى أن العمل واجب عليه و قـد تعـذر فعله بنفسه، فيكون كمـا لو هرب، مضافا إلى قاعـده الضـرر، و حينئـذ يتجه الفسـخ مع التعيين، و مع غيره إذا لم يمكن الاستيجـار عنه على حسب مـا سـمعته فى الهـارب، كما صـرح به الشـهيد فى حواشـى القواعـد، و هو الـذى صـرح به فى الإسعاد و الإرشاد من كتب الشافعيه.

لكن قـد يناقش بما فى جامع المقاصد من أن الحق الثابت لشـخص إذا كان لا يتم إلا بإسـقاط حق شـخص آخر و ازاله يده عن ملكه، فلا دليل على سـقوط ذلك و ازاله يـده، و بعـدم تعـذر العمل منه لأن مجرد الخيانه غير كاف فى ذلك، بل لو جوزنا رفع يـده عن الجميع بسـببها أمكن أن يقـال: إن التعـذر حينئـذ بسـبب المالـك، فلاـ يجب على العامـل شـى ء، و لـذا قـال فى جـامع المقاصد: للتوقف فى الموضعين مجال، و هو فى محله و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا ساقاه على أصول فبانت مستحقه بطلت المساقاه]

المسأله السـابعه: إذا ساقـاه على أصول جاهلاـ بحالهـا فبـانت بأحـد الطرق الشـرعيه أنها مسـتحقه بطلت المساقاه مع عـدم إجازه المالك، و

لا ریب فی أن الثمره للمستحق لأنها نماء ملکه، و لم یحصل ما یقتضی نقلها عنه، و للعامل الأجره علی المساقی الذی هو غار له، بدفع عوض لم یسلم له عن عمله لا علی المستحق.

نعم لو کـان عالمـا بالحـال لم یرجع بنـاء علی عـدم غروره مع علمه، بل هو إقـدام منه علی ذلک، و الفرق- بین ظهور اسـتحقاق الثمره و بین عدم خروجها أو هلاکها حیث تثبت أجره للعامل فی الأول، دون الثانی أن الاستحقاق یوجب فساد العقد.

حیث لم یخبر المالـک، و أصـاله احترام عمـل المسـلم بعـد فسـاد العقـد تقتضـی الرجوع إلی الأجره علی حسب ما عرفته سابقا، بخلاف هلاک الثمره و عـدم خروجها و ما شاکلهما، فان العقد معهما صـحیح، فلا یسـتحق العامل سوی الحصه و إن فاتت، لأن ذلـک مقتضـی عقـد المساقـاه علی تقـدیر صـحته، و لاـ ینافی ذلک ما ذکرناه سابقا من الانفساخ بـذلک، فإنه انفساخ من حینه، للاکتفـاء فی الصـحه بالاسـتعداد المزبور حتی یتبین الحال، بل لو قلنا بالانفساخ من أصل العقـد أمکن الفرق بین ما بناء المساقاه علیه من أمثال هذه الأمور، و بین الاستحقاق، و نحوه من الأمور المقتضیه لفساده فتأمل و الله العالم.

و علی کل حال فمع وجود الثمره و بقاؤها عنده دفعت إلی مستحقها و لو اقتسـماها مثلا أی الثمره و تلفت کان للمالک الرجوع علی الغاصب بدرک الجمیع بناء علی أن غصبه العین یقتضی ثبوت یده علی ثمرتها، و إن کان قد نقلها عنه، لکن ذلک من یده علیها.

و لکن یرجع الغـاصب علی العامـل بمـا حصـل له من الحصه التی بـان عـدم اسـتحقاقه إیاهـا، فهو ضـامن لهـا لمسـتحقها، لعموم (۱)«من أتلف» و الفرض أن یـده علیهـا کـانت یـد ضـمان، لأنهـا عوض العمـل و لـذا کـان للعامل علی الغاصب أجره عمله کما عرفت لا أنها ید مجان بغرور من الغاصب فهو فی الحقیقه الضامن

۱- ۱ قاعده مستفاده من مضامین الاخبار.

لها، لأن التلف قد كان فى يده، و إن جاز للمالك مطالبه الغاصب بالأداء عنه بسبب غصبه، و ليس هو فى ذمته، إذ لا وجه بشغل ذمتين بمال واحد و لو على البدل فمع فرض دفع العوض عنها له صارت له، لعدم ملك المالك العوض و المعوض، و عدم استحقاق لها و ليس هو من التبرع بوفاء الدين، كى تبرء ذمه العامل، و لا يستحق الغاصب الرجوع عليه، بل هو من التكليف الشرعى للغاصب بالأداء عن العامل مع مطالبه المالك، و ذلك يقوم مقام الاذن ممن عليه الحق بالأداء.

و بالجمله هو من المعاوضات الشرعيه المستقله بنفسها التى لا تدخل فى صلح عقدى أو حواله أو نحوهما، و لعل دليل ذلك الإجماع منهم، كما يظهر من إرسالهم إرسال المسلمات، و لولاه لأشكل رجوع الغاصب عليه بعد براءه

ذمته من مال المالك بالدفع عنه من الغاصب، و لو للخطاب الشرعى إذ انتقال المال الذى قد كان فى ذمته للمالك للغاصب يحتاج إلى ناقل من النواقل المعهوده، و الفرض عدمه، فليس حينئذ إلا المعاوضه الشرعيه.

و كيف كان فلا يخفى أن ذلك كله مقيد بما إذا لم يبق الغاصب ظاهرا مقرا على دعوى الملكيه، و إلا لم يكن له الرجوع على العامل، مؤاخذه له بإقراره و اعترافه بكونه مظلوما بأخذ المالك منه ذلك، و المظلوم لا يظلم غيره كما أن رجوع العامل بالأجره مقيد بنحو ذلك، و الا لم يصح له الرجوع بعد اعترافه بخطإ البينه، و أن الغاصب ظاهرا هو المالك، فهو حينئذ مالك للحصه و إن ظلم و أخذت منه، لكن لا يظلم غيره لما عرفت، و لو اختلفا فى ذلك جرى على كل منهما حكم إقراره و أخذ به، و لا يلتزم به الأخر كما هو معلوم من القواعد الشرعيه.

و على كل حال فقد بان لك الوجه فى أن للمالك الرجوع على الغاصب أو يرجع على كل واحد منهما بما حصل له من الثمره التى قد تلفت فى يده لحصول سبب الضمان من كل منهما، و لا رجوع لأحدهما على الأخر فى ذلك إلا للعامل بالأجره مع جهله، و قيل: له أيضا الرجوع على العامل بالجميع إن شاء

لأن يده عاديه(۱)و

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

و لكن يرجع هو حينئذ على الغاصب بما حصل له على نحو ما تقدم.

و الأول أى الاقتصار على الرجوع على الغاصب أو على كل منهما بحصته أشبه بأصول المذهب و قواعده عند المصنف إلا بتقدير أن يكون العامل عالما به و لكن لا يخفى عليك ما فيه، ضروره عدم مدخليه الجهل و العلم فى صدق ثبوت اليد و عدمه، إذ العامل من حيث كونه عاملا إن لم يكن له يد على الثمره و إنما هو مراع لها و نائب عن المساقى، فهو كذلك مع علمه أيضا، و إلا كان ذا يد فى الحالين.

و الظاهر الثانى، خصوصا مع كون بعض أعماله كالتلقيح و التركيس و نحوهما متعلقا بها، و لكن هذه اليد لا ترفع يد المساقى الغاصب أيضا، و لذا كان له الرجوع على كل منهما بالجميع و بما حصل له، كما هو واضح بأدنى تأمل، فالثانى هو الأشبه، لا الأول، من غير فرق بين تلفها بالاقتسام أو بآفه أو بغيرهما لأن المسأله من توارد اليد على العين المغصوبه. و الله العالم.

[المسأله الثامنه ليس للعامل أن يساقى غيره]

المسأله الثامنه: ليس للعامل غير المعين فضلا عنه أن يساقى غيره بخلاف المزارعه و الإجاره، لا لما أطنب فيه فى المسالك تبعا للمحقق الثانى مما لا حاصل له، أو مخالف للضوابط الشرعيه، بل لأن المساقاه على خلاف القواعد. باعتبار الغرر و الجهاله، و الثابت من الأدله أنها إنما تصح على أصل مملوك عينا أو وكاله أو ولايه للمساقى دون ما عداه، إذ ليس فى شى ء من نصوصها إطلاق يرجع إليه، و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۲)و «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ (۳)» لا يصلح لإثبات مشروعيه مثل ذلك، و لا فرق فيما ذكرنا بين حالى ظهور الثمره و عدمه.

نعم له الإجاره على القيام بعمله المراد منه، أو الصلح بشى ء من الثمره أو غيره

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

۲- ۲ سوره المائده الآيه- ۱.

۳- ۳ سوره النساء الآيه- ۲۹.

و بـذلك و نحوه يظهر لـک فسـاد مـا أطنب به فی المسالـک من الفرق بين المزارعه و المساقاه و غيره، إذ كون المساقاه معامله علی الأصول. لا تقتضی عدم جوازها من المساقی بعد معلوميه إراده سقيها، و نحو ذلک من المعامله عليها، فهی حينئذ كالأرض فی المزارعه و الحصه قد استحقها بالعقد، فلا ريب حينئذ فی أنه لا مانع من ذلک بحسب القواعد الشرعيه لو كان هناک مقتض للصحه من إطلاق و نحوه، و علی تقديره فلا محيص عنه كما يحكی عن بعض أفاضل متأخری المتأخرين.

بل لعله ظاهر المحکی عن الإسكافی أيضا فی الجمله، قال: «لو شارک المساقی غيره جاز إذا لم يكن شرط عليه أن يتولی العمل بنفسه، و كـان شـريكا للمسـاقی بجزء من حصـته لا- بجزء من الأصل إذا عملا جميعا، فان تفرد المساقی الثانی بالعمل كله، و لم يكن رب المال جعل إلی المساقی أن يساقی غيره و لا فوض ذلک إليه، لم يكن للمساقی الأول أن يأخذ جزء من

الغله و كان له أجر مثله، فان عمل فيها جاز».

لكن فيه أنه لا- أجر له مع فرض عـدم العمـل منه، بـل عليه أجره المثـل للمسـاقی الثـانی لغروره إيـاه، اللهم إلا أن يكون بـذلک يستحق الأجره علی المالک، لصـيروره العمل له بأداء الأجره عنه، إلا أن المتجه استحقاقه الحصه لحصول العمل و لو من أجيره، لا- الأ-جره، و لـذا قـال ابن البراج فيمـا حكی عنه «إذا دفع إنسـان إلی غيره نخلا- معامله هـذه السـنه بالنصف، و قال له: اعمل فيه رأيـک، أو لم يقـل ذلـک و دفعه العامل إلی آخر فعامله بعشـرين وسـقا مما يخرج من الثمره، فعمل علی هـذا، كان الخارج بين الأول و مالک النخل نصفين، و للآخر علی الأول أجر عمله، و لو كان الشرط فی المعامله الأولی عشرين وسقا لأحدهما بعينه، و فی الثانيه النصف، كان الخارج لمالک النخل، و للآخر علی الأول أجر عمله، و للاول علی صاحب النخل اجره ما عمل الأخر، و لا ضمان عليه فی ذلک، و كان الوجه بطلان المساقاه، فالنماء كله للمالک، إلا أنه علی الأول أجره عمل الثانی، فيستحقها حينئذ الأول علی صاحب النخل».

و لكن فى المختلف بعد أن حكى ما سمعت عن ابنى الجنيد و البراج قال:

«و التحقيق أن المالك إن أذن للأول فى مساقاه الثانى صحت، و كان الأول كالوكيل لا حصه له فى النماء، و إن لم يأذن فالثمره للمالك، و عليه أجره المثل للثانى، و لا شى ء للاول».

و فيه أنه لا وجه لوجوبها عليه له، مع فرض عدم الاذن منه فى عمله، و عدم شى ء للأول اللهم إلا أن يريد لا شى ء له فى مستقر الأمر، بمعنى رجوع الثانى على الأول، و الأول على صاحب النخل، ففى الحقيقه الأجره للثانى، و لا شى ء للأول فتأمل.

و على كل حال فكلامه فى خصوص ما سمعته من ابن البراج، لا فى أصل المسأله، ضروره أنه لا وجه للاذن مع فرض عدم مشروعيه المساقاه من المساقى الأول و كونه كالوكيل بالنسبه إلى ذلك لا معنى له مع فرض كون مساقاته للمساقى الثانى فى مساقاته المستحقه عليه.

لكن فى جامع المقاصد بعد أن ذكر الوجه فى عدم جواز المساقاه للمساقى و الفرق بينها و بين المزارعه قال: «و هذا إذا لم يأذن المالك، فإذا أذن للعامل فى المساقاه صح و كان الثانى هو العامل، و الأول وكيل عن المالك» و فيه ما لا يخفى بعد لزوم عقد المساقاه للأول الذى لا يصلح مع ذلك للنيابه عنه فيما أوجبه عليه نفسه عقد المساقاه.

كما أن من ذلك يعلم أن عدم جواز المساقاه للعامل، لعدم حصول الشرط شرعا أو لعدم مقتضى الصحه، لا لعدم حصول الاذن من المالك، فى تصرف غير العامل الأول كما عساه يظهر من جامع المقاصد و المسالك، ليتوهم الصحه بفرض الاذن.

نعم لو أن المانع من المساقاه عدم جواز التصرف لغير الأول أمكن حينئذ ارتفاع ذلك بالإذن حينئذ، و لا يكون وكيلا، بل هو مساق حقيقه و تجرى عليه أحكام المساقاه كما هو واضح.

[المسأله التاسعه خراج الأرض على المالك]

المسأله التاسعه: خراج الأرض مغروسه و غير مغروسه على المالك

للغرس الکائن فیها بسبب انتفاعه بها فی ذلک، و حق المسلمین فیها، و إن ضرب علی الشجر الذی فیها، فإنما هو بواسطتها، و العامل إنما یستحق الحصه بواسطه عمله، فلا إشکال حینئذ فی أن الخراج علی المالک.

إلا أن یشترط علی العامل أو بینهما فیجب حینئذ علی حسب الشرط، لعموم (۱)

«المؤمنون»

و لکن یجری علیه حکم الشرائط، بل قد سمعت فی المزارعه اعتبار معلومیه مقداره فی صحه اشتراطه، و قد سلف منا هناک ماله نفع فی المقام فلاحظ و تأمل، کما أنه تقدم آنفا حکم الشرائط مع عدم خروج الثمره أو تلفها، و الفرق أیضا بین المذکور شرطا و جزء للعقد مع الحصه و الله العالم.

[المسأله العاشره الفائده تملک بالظهور]

المسأله العاشره: الفائده تملک بین العامل و رب الأصول بالظهور بلا خلاف أجده فیه، بل فی التذکره نسبته إلی علمائنا، بل فی المسالک الإجماع علی عدم تأخر ملک العامل إلی بلوغ الثمره و إدراکها.

قلت: فلیس حینئذ إلا الملک بینهما بالظهور، مضافا إلی أن ذلک هو مقتضی تبعیه النماء فی الملک، و المشروع من عقد المساقاه المقتضی لملک العامل الحصه، و ملک رب الأصول العمل علیه، فما عن بعض العامه- من عدم ملک العامل إلا بالقسمه، قیاسا علی عامل القراض- واضح الفساد حتی فی المقیس علیه عندنا، کما تقدم فی محله، مع وضوح الفرق بینهما، بأن الربح هناک وقایه لرأس المال، فلا ربح حینئذ إلا بعد وصول رأس المال الی المالک بخلاف الثمره هنا.

و حینئذ ف تجب الزکاه فیها علی کل واحد منهما إذا بلغ نصیبه نصابا کما هو المشهور، لتحقق سبب الوجوب و هو النماء علی ملکهما مع فرض بلوغ النصاب، خلافا لابن زهره هنا، و فی المزارعه فأوجبها علی مالک البذر و الأصول خاصه، لأنه نماء ملکه، و ما یأخذه الزارع و المساقی کالأجره عن عمله، قال:

«و لا خلاف فی أن الأجره لا تجب فیها الزکاه و کذا إن کان البذر للمزارع، لأن ما یأخذه مالک الأرض کالأجره عن أرضه، فإن کان البذر منهما فالزکاه علی کل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۴.

واحد منهما إذا بلغ مقدار سهمه النصاب».

و بالغ ابن إدريس فى التشنيع عليه، و قال: «إنى راجعته فى هذا الحكم و كاتبته إلى حلب و نبهته على فساده، فلم يقبل و تعذر بأعذار واضحه، و أبان بها أنه ثقل عليه الرد، و لعمرى إن الحق ثقيل كله و مات رحمه الله و هو على ما قاله، و وافقه على ذلك جميع من تأخر عنه».

نعم فى المختلف بعد أن استجود قول ابن إدريس قال: «قول ابن زهره ليس بذلك البعيد من الصواب» لكن فى الحدائق «الظاهر أن الحامل له على ذلك كثره تشنيع ابن إدريس عليه، و إلا فهو فى غايه البعد من الصواب» و نحوه فى المسالك بعد أن قال: «ضعفه ظاهر، لأن الحصه قد ملكت هنا بعقد المعاوضه فى وقت يصلح لتعلق الزكاه بها لا بطريق الأجره.

ثم لو سلم كونها كالأجره، فمطلق الأجره لا تمنع من وجوب الزكاه، بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب، إذ لو استأجره بزرع قبل بدو صلاحه، أو آجر المالك الأرض بالزرع كذلك، لوجبت الزكاه على مالك الأجره، كما لو اشترى الزرع كذلك. نعم لو كان يذهب إلى أن الحصه لا- يملكها من لا بذر له بالظهور، بل بعد بدو صلاح الثمره و نحوه، أمكن ترتب الحكم، لكنه خلاف إجماع الأصحاب و مع ذلك لا يتم تعليله بالأجره، بل بتأخر ملكه عن الوجوب».

و فى جامع المقاصد بعد أن حكى ما سمعته من المختلف قال: «و هو أعلم بما قال، و الظاهر عندنا أنه لا وجه له أصلا إلا على القول بأن استحقاقه و تملكه إنما يكون بعد بدو الصلاح و تعلق الزكاه، و هذا خلاف ما نقله المصنف عن علمائنا، فكيف يكون خلافه قريبا من الصواب» و لعله يريد أن ذلك محتمل و غير مقطوع ببطلانه، فلا يأتى على ناقله كل ما ذكره ابن إدريس من التشنيع.

قلت: لعل ابن زهره لحظ عدم الوجوب فى الأجره عن العمل باعتبار عدم استحقاق تسلمها إلا بعد تمام العمل و الزكاه يعتبر فيها التمكن من التصرف فى المال المملوك، أو أنه لحظ وجوبها بعد المؤنه، و الفرض كون العمل فى مقابلها، فهو

حینئذ مؤنته، و لذا أو للأول نفی الخلاف عن عدم وجوبها علی الأجره.

و منه یعلم ما فی المسالک من وجوبها فیما لو آجر أرضا بزرع إذا أراد عدم احتساب مقدار أجره المثل من المؤنه، و کذلک أجره مثل العمل، و بذلک یظهر الفرق بین المقام، و بین عمل المالک لثمرته مع أنه ربما قیل أیضا باحتساب أجر فعله مؤنه، و کذا ما یتلفه من ثیاب و نحوها فی ذلک، و إن کنا لم نوافق علیه، لکن المقام فی العمل المقابل بعوض، و هو الزرع، و دعوی الفرق- بین العوض فی المساقاه و المزارعه، و بین الأجره- واضح الفساد.

و لعله إلی ذلک و نحوه أومأ الفاضل فی المختلف بنفی البعد عن الصواب، لا ما سمعته من جامع المقاصد و المسالک و الحدائق، و یقال: مما لا یناسب حمل مثله علیه، و حینئذ فالمتجه سقوط زکاتها عنهما معا، لخروجها بالظهور عن ملک رب الأرض و الأصول، و عدم تمامیه الملک للعامل، أو کونها بمقابله العمل صارت من جمله المؤن، و الزکاه إنما هی علی العفو أی الزائد، لقول الله تعالی (۱)«وَ یَسْئَلُونَکَ ما ذا یُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ» و غیره مما تقدم فی محله، بل لو أن السید یری ملک العامل بعد بدو الصلاح أو بالقسمه، فالمتجه أیضا عدم الوجوب علی المالک، فضلا عن العامل لأنه من جمله المؤن، و ان لم ینثلم النصاب بها.

نعم لو لم نقل باستثناء المؤن اتجه وجوب الزکاه علیه، کما فی المسالک قال:

«لان انتقالها عن ملکه حصل بعد تعلق الوجوب، کما تجب الزکاه علی البائع لو باع الثمره بعد بدو الصلاح، لکن قد یشکل بالفرق بینهما بالخروج عن ملکه قهرا مجانا فی الأول، بخلاف الثانی، علی أن تمامیه الملک معتبره فی الزکاه و هی هنا منتفیه بتعلق حق العامل المانع له عن التصرف، و إن لم نقل بملکه:

۱- ۱ سوره البقره الآیه- ۲۱۹.

[تتمه إذا دفع أرضا إلى رجل ليغرسها على أن الغرس بينهما كانت المغارسه باطله]

تتمه إذا دفع أرضا إلى رجل ليغرسها على أن الغرس بينهما كانت المغارسه باطله عندنا، لأن الأصل الفساد، و ما عساه يظهر من بعض النصوص، محمول على وقوع ذلك بعقد صلح أو إجاره جامعه للشرائط، لا على مشروعيه هذا العقد على نحو عقد المزارعه، فإن الإجماع بقسميه على بطلانه.

و حينئذ ف الغرس لصاحبه لعدم حصول ما اقتضى نقله عنه و لصاحب الأرض إزالته بعد بطلان المعامله

«فإن الناس مسلطون على أموالهم»(۱)

و له الأجره عوضا عما مضى من منفعه الأرض لفوات ما حصل له الاذن بسببه من الشركه في الغرس باعتبار فساد المعامله، و الفرض عدم دفعه الأرض مجانا و لكن عليه أرش النقصان الحاصل على الغرس ب سبب القلع (۱۱) و إن استحق له فان استحقاقه لا يرفع ضمانه لما يحصل بفعله، بعد أن لم يكن الغارس ظالما، كي لا يكون لعرقه حق، و إنما أقصاه فساد المعامله التي وقع التراضي منهما بها.

و لكن الكلام في كيفيه تأريشه، ففي المسالك «إن المراد به هنا تفاوت ما بين قيمته في حالتيه، على الوضع الذي هو عليه، و هو كونه حال غرسه باقيا بأجره و مستحقا للقلع بالأرش، و كونه مقلوعا لان ذلك هو المعقول من أرش النقصان، لا تفاوت ما بين قيمته قائما مطلقا، و مقلوعا، إذ لا حق له في القيام كذلك، ليقوم بتلك الحاله، و لا تفاوت ما بين كونه قائما بالأجره، و مقلوعا لما ذكرنا من أن استحقاقه للقلع بالأرش من جمله أوصافه، و لا تفاوت ما بين كونه مستحقا للقلع، و مقلوعا لتخلف بعض أوصافه أيضا، كما بيناه، و لا بين كونه قائما مستحقا للقلع بالأرش و مقلوعا لتخلف وصف القيام بالأجره، و هذه الوجوه المنفيه ذهب إلى كل منها

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبعه الحديثه.

بعض، إلى أن قـال: و الأـول مـع سـلامته ممـا فيهـا لاـ يخلـو من دور، لأـن معرفه الأـرش فيه متوقفه على معرفته، حيث أخـذ فى تحديـده، و الظاهر أن القيمه لا تختلف باعتباره، و أن تقـديره كـذلك كتقـديره معلوما و قائما بأجره فلا يضـر مثل هـذا الدور و لهذا الأرش نظائر كثيره، تقدم بعضها.

قلت: قـد يقـال: إنهـا أو أكثرهـا مبنيه على ملاـحظه بقـائه إلى منتهى عمره فى قيمته و لـذا لاحـظ البقاء بالأجره، مع أنه لا يخفى عليـك عـدم اسـتحقاق بقائه أصـلا، لا مجانا و لا بالأجره و إنما ذلك يتبع التراضـى بينهما، فقـد يرضـى معه المالك بالأجره أو بالمجانيه، فليس هو من أوصاف قيمته.

نعم لو قلعه غير المالك المسـتحق لقلعه، أمكن حينئـذ تقويمه عليه بنحو ذلك، أما هو فقلعه له باسـتحقاقه، و لكن يضـمن أرش نقصـانه الحاصـل بـالقلع، بمعنى أنه إذا الحقه من حيث القلع نفسه نقصـان، ضـمنه له، و حيث لا يلحقه لم يضـمن له شـيئا، و هو المراد للمصـنف و للشـهيد فى اللمعه، «و لو نقص بالقلع ضمن أرشه» لا أن المراد تقويمه من حيث بقائه الذى هو غير مستحق له أصـلا، و من الغريب ملاـحظه كـونه مسـتحقا للقلع بالأـرش فى أرشه، مع أنه لاـ يكـاد يحصـل له معنى محصـل بالنسـبه إلى قلع المالك له.

و بـالجمله فـالمراد ضـمانه النقص الحاصـل من حيث القلع إن حصـل، من غير ملاحظه للبقاء، بمعنى أن هـذه الشـجره لما قلعت نقصت بسبب القلع عن حال قيامها لا من حيث بقائها، و من ذلك يظهر لک ما فى جمله من كتب الأساطين فلاحظ و تأمل.

و كيف كـان فكمـا يجب على المالـک أرش النقصـان الحاصـل بـالقلع، كـذلك يجب على العامل أرش نقصان الأرض. و طم الحفر و قلع العروق المتخلفه من المقلوع. ثم إنه لم يفرق الأصـحاب كمـا فى المسالـک و غيرهـا فى جميع ما سـمعت بين العلم بالبطلان و الجهل به، بل تعليلهم كالصريح فى ذلک، و هو مؤيد لما قلناه سابقا فى المساقاه الباطله مع العلم بالفساد، و كان ثانى الشهيدين رجع عما ذكره هناک، حيث أنه بعد أن اعترف

بما سمعت قال هنا: «و لا يبعد الفرق بينهما، فلا أجره لصاحب الأرض مع علمه، و لا أرش لصاحب الغرس مع علمه، أما الأول فللإذن فی التصرف فيها بالحصه مع علمه بعدم استحقاقها، و أما الثانی فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه، ثم قال:

و يمكن دفعه بأن الأمر لما كان منحصرا فی الحصه أو الأجره، لم يكن الاذن من المالك تبرعا فله الأجره لفساد المعامله، و الغرس لما كان باذن المالك، و إن لم يكن بحصه معروفه فعرقه ليس بظالم، فيكون مستحقا للأرش».

قلت: و هو قريب لما ذكرنا سابقا من انهما بنيا المعامله على الضمان، و إن علما بفسادها، و عدم ترتب ما تضمنته، لكن مثل ذلك لا يقضی بالتبرع كما هو واضح.

و لو كان الغرس من مالك الأرض فله الأجره عليه بعد فساد المعامله، و لو ركب الغارس فيه نوعا آخر، كما فی شجر التوت و نحوه، فان كان المركب للغارس نفسه فنماؤه له مده بقائه، و عليه أجره تركيبه على الأصل الذی لصاحب الأرض، و له إزالته مع الأرش على حسب ما مر، ضروره عدم الفرق فی الغرس بين كونه فی أرضه أو فی شجرته و الله العالم.

و على كل حال ف لو دفع مالك الأرض القيمه للغارس ليكون الغرس له، لم يجبر الغارس للأصل، و عموم (۱)«تسلط الناس على أموالها» و كذا لو دفع الغارس الأجره لم يجبر صاحب الأرض على التبقيه لما عرفت أيضا و قاعده

«لا ضرر و لا ضرار»

لا تقتضی الجبر فی الافراد التی فيها هدم القواعد الشرعيه و الله العالم.

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبعه الحديثه.

[كتاب الوديعه]

اشاره

كتاب الوديعه واحده الودائع قال الكسائى على ما فى الصحاح: يقال: أودعته مالا أى دفعته إليه يكون وديعه عنده، و أودعته أيضا: إذا دفع إليك ما لا يكون وديعه عندك، فقبلتها، و هو من الأضداد.

و كيف كان ف النظر فى هذا الكتاب يقع فى أمور ثلاثه:

[الأمر الأول فى العقد]

الأول: فى العقد و هو لفظ يقتضى استنابه فى الحفظ و الظاهر كون لفظ الوديعه كلفظ البيع و الصلح و الإجاره و نحوها، فيأتى البحث حينئذ فى أنها أسماء للعقود أو لآثارها و غاياتها المترتبه عليها، أو للمعنى الصادر من الموجب، و هو النقل فى البيع و الاستنابه فى الحفظ هنا، و قد تقدم لك التحقيق فى محله و أن الأصح الأخير، أو أن مرجع الجميع الى معنى واحد.

نعم قد ذكرنا هناك أن بعضهم ادعى حصول هذه الأسماء بواسطه العقد و غيره، فالبيع مثلا يحصل بالعقد و بغيره، و هو المسمى فى عرفهم بالمعاطاه، و الظاهر أن الأمر هنا عنده كذلك، لاشتراكها فى دعوى السيره القطعيه على وقوعها بغير العقد، على أنها وديعه، و إن كان قد يقال: بل يقوى أن ما يقع بغير ما ذكروه من عقدها المتوسع فيه و فى غيره من العقود الجائزه أمانه، لا وديعه، بحيث يجرى عليه حكمها المختص بها، كقبول دعوى الرد فيها و نحوه، و إن كان يطلق عليه اسم الوديعه تسامحا، أو لعدم تمييز بين العنوانات الشرعيه، نحو إطلاقهم اسم البيع على إباحه العين من كل وجه بعوض عنها كذلك.

ثم إن الظاهر من تعريفهم العقد اختصاص مسماه بالألفاظ، دون الافعال و المركب منها و من الأقوال، لكن قد يظهر من المصنف و جماعه بل هو صريح بعضهم تحقق العقد الجائز بالإيجاب اللفظى و القبول الفعلى، و لم نجد له شاهدا فان

المتعارف من لفظ العقد تركيبه من الإيجاب القولى و القبول القولى، و ألفاظهما هى المسماه بصيغ العقود نعم لا ينكر تحقق اسم الامانه مثلا بالمفروض و بغيره من الفعلين، و ذلك لا يقتضى تحقق اسم العقد، بل و لا اسم الوديعه.

و على كل حال فلا خلاف ممن يعتد به و لا إشكال فى اعتبار إنشائيه الربط بين الإيجاب و القبول فى الوديعه مثلا، سواء كانت بالأقوال أو الأفعال، بناء على تحققها بها، نحو البيع و الصلح و الإجاره و غيرها من العقود لا أنها من الاذن و الإباحه التى لم يلحظ فيها الربط بين القصدين، و الرضا من الطرفين، نحو إباحه الطعام.

و تظهر الثمره فى أمور، منها: انفساخ الوديعه بفسخ كل منهما، فليس له الرجوع إليها بدون تجديد، بخلاف الاذن، فإن له الرجوع إليها ما لم تظهر تقييدها، و إن رفع يدا عنها أولا، إذ لا فسخ بالنسبه إليها، و لم يحصل ما يقتضى رفع الأثر الحاصل منها كما هو واضح.

ثم إن تعريف المصنف العقد بما سمعت، فيه ما لا يخفى.

نعم يمكن أن يكون تعريفا للوديعه كما فى النافع لا عقدها، اللهم إلا أن يريد لفظا يقتضى استنابه فى الحفظ كما سمعته منا فى تعريفه، و لا يرد عليه أنه ينبغى ضم القبول معه حينئذ، و ذلك لمعلوميه توقف تحقق الاستنابه على النيابه، نحو تعريفهم البيع بالنقل، كما أنه لا يرد عليه الوكاله على بيع شى ء فى يد الوكيل مثلا، لكون المراد هنا الاستنابه بالذات، بخلاف الوكاله التى يقصد فيها شى ء آخر، و يتبعه الحفظ لكونه أمانه.

و على كل حال فلا إشكال فى أنه يفتقر إلى إيجاب و قبول كما فى كل عقد، بل قد عرفت ان ما هو كالمعاطاه فيها بناء على مشروعيته محتاج إلى معنى الإيجابيه و القبوليه المقصود فيهما الإنشاء من الطرفين، مع ربط رضا كل منهما و قصده بالآخر، فضلا عن العقد.

و لكن ينبغى أن يعلم أن عقدها هنا يقع بكل عباره دلت على معناه

حقیقه أو مجازا سواء ذلک فی الإیجاب و القبول، و ذلک للتوسع فیها عندهم، بل قد تقدم لنا بیان قوه الاکتفاء بذلک فی العقود اللازمه، فضلا عن الجائزه، بل ذکر المصنف و غیره هنا أنه یکفی الفعل الدال علی القبول و ظاهرهم الاکتفاء به فی تحقق العقدیه، قالوا لکونه أصرح من اللفظ، و یجب به الحفظ و الضمان مع سببه، بخلاف القول، لکن قد عرفت ما فیه.

و أغرب من ذلک ما عن بعضهم من الاکتفاء بنحو ذلک فی طرف الإیجاب قیاسا علی الوکاله التی لم یثبت فیها ذلک، و ربما یحتمل ذلک فی قول المصنف بعد ذلک «و لو طرح» إلی آخره کما تسمعه فی شرحه.

نعم یمکن دعوی تحقق الودیعه بالفعلین من الجانبین، فضلا عن أحدهما، بناء علی تحقق البیع و غیره بذلک، فضلا عنها، لا تحقق العقد الذی هو اصطلاحا المرکب من الإیجاب و القبول اللفظیین، و إن کان قد عرفت ما فیه أیضا من تحقق الإباحه و الأمانه بذلک، لا البیع و الودیعه، کما أنه یمکن إراده المصنف فی المقامین ذلک، لا عقدها، و إن کان خلاف ظاهره فی القبول، فیکون حاصله تحقق الودیعه بالعقد الذی یکفی فی إیجابه و قبوله کل عباره، و تقع بالأفعال من الجانبین، و بالمرکب منهما، و إن لم یسم ذلک عقدا اصطلاحا، و هذا و إن کان أهون من الأول إلا أن فیه ما تقدم.

و کیف کان فقال و لو طرح ال عین التی یرید جعلها ودیعه عند من قصد استیداعها من ه لم یلزمه حفظها إذا لم یقبلها قولا و لا فعلا لعدم تحقق الودیعه التی لا إشکال فی اعتبار القبول أو ما فی معناه فیها، سواء کانت بعقد أو بغیره مما فی حکم المعاطاه بناء علی مشروعیتها فیها، فلو ترکها حینئذ و ذهب لم یکن علیه ضمان، للأصل.

لکن فی المسالک «یأثم إن کان ذهابه بعد ما غاب المالک، لوجوب الحفظ من باب المعاونه علی البر و إعانه المحتاج، فیکون واجبا علی الکفایه» و فیه ما لا یخفی، أما إذا قبلها کذلک جری علیها حکم الودیعه، من وجوب الحفظ و غیره، بل قد

یحتمل من المسالک ضمانها لو ترکها حینئذ و المالک حاضر، فإنه بعد أن حکی عن التذکره أن ذلک رد للودیعه، قال: «و یشکل تحقق الرد بمجرد الذهاب عنها مع حضور المالک، لأصاله بقاء العقد، و کون الذهاب أعم منه ما لم ینضم إلیه قرائن تدل علیه، و إن کان قد یناقش حینئذ بأنه و إن کان الذهاب أعم من ذلک إلا أن الظاهر عدم ضمانه بالذهاب المزبور، لعدم صدق التفریط، و الأصل براءه الذمه» و لعله لا یرید الضمان، و إنما یرید عدم انفساخ العقد بذلک.

ثم لا یخفی ظهور العباره المحکی مثلها عن التذکره و الإرشاد و التحریر و اللمعه و الروضه فی تحقق الودیعه بالطرح المزبور مع القبول فعلا- أو قولا- نعم لا- دلاله فیها علی تحقق العقد بذلک، فما فی المسالک من إنکار ذلک، باعتبار أن وجوب الحفظ المترتب علی القبول أعم من کونه بسبب الودیعه، لأنه قد یکون بسبب التصرف فی مال الغیر- فی غیر محله ضروره ظهور العباره فی تحقق الودیعه بالقبول، و یتبعه وجوب الحفظ.

نعم لا- دلاله فیها علی کون ذلک عقدا و هو متجه، بناء علی تحققها بدونه، علی قیاس معاطاه البیع و الصلح و الإجاره و غیرها التی هی منها، هذا کله فی الطرح بعنوان الاستیداع.

أما إذا کان مجردا عن ذلک فلا- تتحقق الودیعه مع القبول قولا- أو فعلا- لعدم تحقق إیجابها المتوقف علیه تأثیر القبول، و إن وجب علیه الحفظ فی الثانی إذا کان قد قبضه، لعموم(۱)

«علی الید»

بل الظاهر وجوب ضمانه علیه، لعدم تحقق الاذن له فی قبضه.

و مما ذکرناه یظهر لک الحکم فی جمیع صور المقام و إن أطنب فیها فی المسالک لکن مع تشویش فی کلامه فی الجمله، و ربما ظهر منه اعتبار التلفظ بما یدل علی إراده الإیداع مع الطرح فی تحقق الودیعه، و لا ریب فی فساده بناء علی صدقها مع دلاله غیره من الإشاره المفهمه و الکتابه و غیرهما و إن لم یتحقق بذلک عقدها،

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

لكن يتحقق معاطاتها كما سمعته سابقا فلاحظ و تأمل هذا.

و قد يحتمل فى عباره المتن إراده بيان عدم وجوب الحفظ على المستودع و إن حصل عقد الوديعه إذا لم يقبل قبضها، لمعلوميه عدم لزوم العقد، كى يترتب عليه بعد حصوله ذلك، و ربما يومئ إطلاق لفظ الوديعه المقتضى تحقق الوصف فيها بإجراء عقدها فيما بينهما، و من ذلك ينقدح حينئذ اعتبار القبض فى ترتب أحكام الوديعه من الحفظ و غيره، بل الظاهر عدم وجوب القبض عليه و لو شرطيا، مع احتمال

كون الشرط القبض و الفسخ، كما تسمعه إنشاء الله فى نظيره، بل قد يتوقف فى جواز القبض بدون الاذن من المالك و إن حصل العقد بينهما، مع احتماله لحصول الأذن منه بالعقد.

و لكن قد يشكل بناء على اشتراطه فى الصحه بعدم اقتضاء ذلك، إذ هو حينئذ كالقبض فى الهبه. نعم لو قلنا بعدم كونه شرطا فى ذلك اتجه عدم الاذن فيه، و لم أجد تحريرا فى كلام أحد لذلك، و ربما يأتى له تتمه عند قوله «و إذا استودع» الى آخره.

و كذا لو أكره المودع أو غيره المستودع على قبضها وديعه لم تصر وديعه بذلك لمعلوميه اعتبار الاختيار فى قبولها، و حينئذ ف لا- يضمنها لو أهمل حفظها. نعم لو رضى بذلك بعد الإكراه على وجه الإجازه للاول صارت وديعه، بناء على تأثير إجازه المكره، لا- أن رضاءه و وضع يده المتجددين يكون قبولا- جديدا باعتبار عدم اعتبار مقارنه هذا القبول للإيجاب كما فى المسالك، و إن كان هو ممكنا أيضا، لكن مع قصده، لا مع حصول الرضا بما وقع سابقا على نحو بيع المكره و نكاحه، و تظهر الثمره فى الضمان بالتفريط السابق و غيره، بل قد يقال:

بعدم صحته حتى مع القصد المزبور، و ذلك لأن العقد الأول بعد حصول الارتباط فيه بين الإيجاب و القبول إما أن يجاز فيصح، أو لا فيبطل هو و إيجابه، و لا يجدى القبول المتجدد.

و على كل حال فمما ذكر يظهر لك الحال فيما فى المسالك، حيث قال:

«يجب تقييد ما فى المتن بما إذا لم يضع يده عليها بعد زوال الإكراه مختارا، فإنه حينئذ يجب عليه الحفظ باليد الجديده، و إن لم يجب بالإكراه، و هل تصير بذلك

ودیعه أم أمانه شرعیه، یحتمل الأول، لأن المالک کان قد أذن له، و استنابه فی الحفظ، غایته أنه لم یتحقق معه الودیعه، لعدم القبول الاختیاری، و قد حصل الآن و المقارنه بین الإیجاب و القبول غیر لازمه، و من إلغاء الشارع ما وقع سابقا، فلا یترتب علیه أثره و یشکل بأن إلغاءه بالنظر إلی القابض، لا بالنظر إلی المالک، و یمکن الفرق بین وضع الید علیها اختیارا بنیه الاستیداع و عدمه، فیضمن علی الثانی، دون الأول، إعطاء الکل واحد حکمه الأصلی.

مضافا إلی ما فی ذیل کلامه مما یظهر منه کون المفروض أولا مجرد وضع ید جدیده بعد زوال الإکراه، و من المعلوم عدم تحقق الودیعه بذلک، لما علمت من اعتبار القبول فیها، و هو غیر متحقق بذلک قطعا.

بل و منه أیضا یعلم ما فی الریاض الذی قد تبع فیه المسالک، بل ظاهره الحکم بالضمان بالید الجدیده حتی لو قلنا بکونه ودیعه، قال فیه: «و کذا لو أکره علی القبض لم یضمن مطلقا إلا مع الإتلاف، أو وضع یده علی بعد ذلک مختارا فیضمن حینئذ جدا، لعموم الخبر المتقدم، و هل تصیر بذلک حینئذ ودیعه لا- یجب ردها إلا مع طلب المالک، أو من یقوم مقامه أو أمانه شرعیه یجب إیصالها إلی المستحق فورا، و بدونه یضمن مطلقا، وجهان» ثم ذکر ما سمعته من المسالک من الاحتمال إلی أن قال: «و الأول لا یخلو من وجه، و إن کان الثانی أوجه».

کأنه مناف لما سمعته سابقا من الضمان حتی علی تقدیر کونه ودیعه، فلاحظ و تأمل بل مما ذکرنا یظهر لک الحکم أیضا فیما لو کان المودع و المستودع مکرهین و إن وجب علی المستودع حینئذ الحفظ باعتبار استیلاء الید، لا- لکونها ودیعه کما هو واضح. بل قد یقال: بوجوب الحفظ علیه من هذه الحیثیه، حتی فی صوره إکراه المستودع أو المودع، خصوصا مع کون المکره أجنبیا و خصوصا مع کون وجوب حفظ مال الغیر من المعاونه علی البر فتأمل جیدا. و الله العالم.

و إذا استودع و قبل ذلک وجب علیه الحفظ بلا- خلاف أجده، بل یمکن تحصیل الإجماع علیه، مضافا إلی ما فی عدمه من الخیانه المحرمه کتابا، و

عقلا، و سنه متواتره، و إجماعا بقسميه، و إلى كونه مقدمه لوجوب أداء الأمانه و ردها

إلى مالكها، و لا ينافى ذلك جواز الوديعه، فإن المراد ما دام مستودعا، أو التخيير بينه، و بين الرد إلى المالك.

إنما الكلام فيما فى المسالك «من أن قبول الوديعه الذى يتفرع عليه حكم الحفظ قد يكون واجبا، كما إذا كان المودع مضطرا إلى الاستيداع، فإنه يجب على كل قادر عليها واثق بالحفظ قبولها منه كفايه، و لو لم يوجد غير واحد تعين عليه الوجوب، و فى هذين الفردين وجوب الحفظ واضح، و قد يكون مستحبا مع قدرته و ثقته من نفسه بالأمانه، و كون المودع غير مضطر، لما فيه من المعاونه على البر الذى أقل مراتب الأمر به الاستحباب، و قضاء حوائج الاخوان و قد يكون محرما كما إذا كان عاجزا عن الحفظ، أو غير واثق من نفسه بالأمانه، لما فيه من التعرض للتفريط فى مال الغير، و هو محرم، و مثله ما لو تضمن القبول ضررا على المستودع فى نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين و نحو ذلك، و بهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ و عدمه».

و فيه: أن الحفظ إلى أن يرده على المالك على كل حال واجب حتى فى الصوره المحرمه التى لا تقتضى فساد عقد الوديعه باعتبار كونها لأمر خارج، مع أنه قد يناقش فى أصل الوجوب فيما فرضه، لأصاله براءه الذمه من وجوب حفظ مال الغير كما أنه قد يناقش فى الحرمه فى صوره عدم الوثوق بنفسه، ضروره تكليفه بعدم الخيانه، كما هو واضح و الله العالم.

و كيف كان ف لا يلزمه أى المستودع دركها لو تلفت من غير تعد فيها و لا تفريط أو أخذت منه قهرا بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى الأصل، و قاعده الايتمان المعلوم من الكتاب و السنه و الإجماع و العقل عدم استتباعها الضمان.

نعم لو كان هو الساعى فى أخذها قهرا منه، توجه الضمان حينئذ لصدق الخيانه و التفريط معه، بل ربما ظهر من ثانى المحققين الضمان بمجرد إخباره بها و إن لم

یکن علی وجه السعایه، و من آخر ذلک أیضا بأخبار اللص، و إن لم یعین له مکانها، إلا إذا صادفها اللص مصادفه، خلافا لمحکی التذکره، فلم یضمنه مع عدم تعیین المکان، بخلاف ما إذا عینه.

و التحقیق الحکم ببراءه ذمه الأمین، و خصوصا الودعی مع الشک فی تحقق سبب الضمان، و لو للشک فی الاندراج تحت ما جعلوه عنوانا له من التعدی و التفریط، لأن عموم علی الید و نحوه مخصص بقاعده الایتمان، و بذلک حینئذ ظهر لک المعیار الذی یرجع إلیه فی جمیع هذه الافراد، و هو المراد من الفقیه تحریره، لا خصوص الجزئیات التی لا انضباط لمشخصاتها الحالیه و غیرها.

ثم لا فرق فی الأخذ قهرا بین أن یتولی أخذها من یده، و بین أن یأمره بدفعها إلیه بنفسه، فیدفعها له کرها، لصدق الإکراه و عدم التفریط فیهما، و لا ضمان علیه فیهما، و إنما ضمان المال علی الظالم، فلیس للمالک حینئذ مطالبته بوجه، وفاقا للأشهر، بل المشهور، و خلافا للمحکی عن أبی الصلاح، و أبی المکارم، و الفاضل فی التذکره، و محکی التحریر من جواز رجوع المالک علیه مع مباشرته الدفع بنفسه إلی من أمره الظالم، لأنه باشر تسلیم مال الغیر بیده، فیشمله عموم(۱)

«علی الید»

و إن کان قرار الضمان علی الظالم.

إلا أنه کما تری مناف لإطلاق ما دل علی عدم ضمانه مما عرفت، بل و القاعده الإحسان و غیرها التی قد عرفت تحکیمها علی قاعده الید.

نعم لا إشکال فی رجوعه لو أمره بمباشره إتلافه بنفسه، و لو علی جهه الانتفاع به، لقاعده الإتلاف التی لم یثبت تخصیصها بقاعده الایتمان لکن من جهه قوه السبب هنا علی المباشر، کان قرار الضمان علیه، لا أصل جواز الرجوع، و ما عساه یقال:

بأنه مناف لقاعده عدم ضمان الأمین بغیر التعدی و التفریط، و خصوصا الودیعه

قال زراره فی الصحیح (۲)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن ودیعه الذهب و الفضه قال: فقال:

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴ من أبواب أحکام الودیعه الحدیث- ۴.

كل ما كان من وديعه و لم تكن مضمونه لا تلزم»

بناء على إراده غير المشروط ضمانها من قوله «مضمونه» أو الأعم منه و من التعدى و التفريط- يدفعه أن ذلك كله منزل على التلف فى غير الفرض.

و من ذلك يظهر حينئذ قوه قول الفاضل بناء على أن تسليمها إلى الظالم من أقسام الإتلاف أيضا فتأمل.

و على كل حال فقد ظهر لك الوجه فى عدم الضمان بالأخذ منه قهرا نعم لو تمكن من الدفع اللائق به وجب بلا خلاف أجده فيه لأنه مقدمه للحفظ المأمور به على جهه الإطلاق، و حينئذ لو لم يفعل ذلك مع قدرته عليه ضمن لأنه تفريط حينئذ و كذا لو أمكن الدفع ببعضها فلم يفعل، لكن الظاهر ضمانه ما يزيد على ما يندفع به منها، لا الجميع، و إن احتمل للتفريط، إلا أنه واضح الضعف، لأن بعض المدفوع واجب على التقديرين.

و ما فى الرياض من الفرق بينهما- بكونه بأمر الشارع على الأول، و بدونه على الثانى و هو فرق واضح و إن هى إلا كما لو فرط فيها فتلف بغيره، و قالوا فيها بضمانها، مع أنها ذاهبه على التقديرين فتأمل- يدفعه أنها عند الشارع كالوديعتين التى أراد الظالم أخذهما، و كان يمكن دفعه بإعطاء أحدهما فلم يفعل، فإنه لا ريب فى ضمانه الثانيه، فإن الأولى ذاهبه على كل حال منضمه إلى الأخرى، أو مستقله، فالتفريط حينئذ فى الثانيه لا فيهما معا، كما هو واضح.

و لو توقف الدفع على بذل شى ء من ماله، فلا- إشكال فى جوازه، بل فى جامع المقاصد «أنه لا يبعد القول بوجوب مصانعه الظالم بشى ء يرجع به على المالك، و ربما مال إليه فى الرياض لوجوب الحفظ، فيجب ما لا يتم الا به، و الضرر يندفع بنيه الرجوع على المالك مع فرض عدم التمكن من استيذانه أو وليه».

قلت: لم أقف فى النصوص على ما يدل على وجوب الحفظ على جهه الإطلاق و إن صرح به فى المسالك، اللهم إلا ان يكون إجماعا و لم نتحققه و الأمر بأداء الأمانه يراد منه عدم الخيانه، كما لا يخفى على من لاحظ نصوصه، فهو حينئذ

بالنسبه إلى المال واجب مشروط، للأصل، و لو سلم فالمتجه وجوب بذل مالا يضر بحاله من المال، كغيره من تكاليفه المطلقه، و لا يرجع به على المالك، لأن دفعه حينئذ مقدمه لامتثال تكليفه، نحو غيره من الأفعال التى يفعلها مقدمه للحفظ، و لا يرجع بأجره المثل فى شى ء منها.

نعم لو فرض الضـرر الكثير لم يجب عليه، لسـقوط باب المقـدمه حينئـذ لقاعـده نفى الضـرر، مع إمكان القول حينئـذ بانـدفاعها، بالـدفع بنيه الرجوع مع عـدم التمكن من استيـذان المالـك، لكونه وليا حينئـذ بالنسـبه إلى ذلک، و هل التمكن من الحاكم يقوم مقام التمكن منه، وجهان أحوطهما الأول.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشـكال فى انه لا يجب تحمل الضـرر الكثير بالدفع، كالجرح و أخذ المال الجزيل الذى لا يرجع به على المالـك، و غيرهمـا ممـا يختلف باختلاف الأشـخاص شـرفا و ضـعه و غيرهما، إلا أن ما عساه يظهر من المصـنف من كون مطلق أخذ المال و إن قل ضررا كثيرا واضح المنع، و إلا لسقط فى غير هذه المقدمه، و هو معلوم العدم.

نعم قـد عرفت سابقا إمكان القول بأنه لم يثبت وجوب الحفظ على الإطلاق، بحيث يشـمل بـذل المال، و الأمر بأداء الأمانه الذى هو بمعنى عدم خيانتها لا يقتضـى ذلک، اللهم إلا أن يكون مستنده الإجماع الذى قد عرفته سابقا و لكن يتجه حينئذ تقييد المال بكونه مضرا بالحال، بل لو قلنا باندفاع ضرره بالرجوع على المالك وجب حينئذ دفع الكثير منه هذا.

و فى المسالك: «ثم إن كان المطلوب الـذى لا ينـدفع عنها بـدونه بقـدرها لم يجب بـذله قطعا لانتفاء الفائـده، لكن لو بـذله بنيه الرجوع به هل يرجع؟ يحتمله، لأن الوديعه لولاه ذاهبه فيكون بذله قدرها كبذلها، و عدمه، لأن القدر المأذون فيه شرعا ما يترتب عليه مصـلحه المالك و هو هيهنا منتف، فلا يكون شـرعيا، و على هـذا فيمكن عـدم الرجوع بجميعه لما ذكر، و بجزء منه ليقصـر عنها و تترتب الفائده، إذ الفرض عدم إمكان ما قصر عنه، و يبعد كونه يرجع بمقدار ما ينقص عن قدرها بدرهم مثلا.

و لا يرجع بشـى ء أصـلا مما يساويها، فان غير المأذون فى المساوى إنما هو القـدر الـذى تنتفى الفائده معه، لا جميع المبذول، و لم أقف فى هذا الحكم على شى ء فينبغى تحريره.

قلت: قـد يقـال: إن الوديعه إن كـانت عينـا كفرس و كتاب و نحوهما يمكن تعلق غرض المودع بها عينا، فلا ريب فى أن المتجه جواز الرجوع، و إن بـذل تمام القيمه. أما إذا لم تكن كـذلك فلعل المـدار على عـدم المفسده على المودع، لا اعتبار المصـلحه، فيرجع حينئذ على التقديرين بتمام ما بذل و إن كان مستوعبا، و لو توقف حفظهما على الكذب جاز بل وجب، و إلا كان ضامنا.

نعم لو تمكن من التوريه المخرجه له عن الكـذب عنـد المخاطب وجب أيضا، لتمكنه من امتثال التكليفين، و إلا ورى بما يخرج به عنه فى نفسه، بـأن يقصـد نفى الوديعه مثلاـ يوم كـذا أ و فى مكـان كـذا، بل لو أنكرها فطولب باليمين ظلما جاز الحلف و لو بالبراءه أو يمين الصادق المعروفه، بل وجب، فان لم يفعل ضمن.

و لكن يحلف موريا بما يخرج به عن الكذب على الوجه الذى عرفته مع الإمكان، لعدم حرمته حينئذ، فلا إشـكال فيه من أصـله، ضروره اقتضاء باب المقـدمه وجوبه، لا أنه فى هذا المقام محرم جاز للمقدمه، و كان ذلك هو الوجه فى اقتصارهم على الكذب دون غيره من المحرمات، و إلا فمن المعلوم سـقوط مقـدمه كل واجب مع فرض توقفها على المحرم، و خصوصا إذا كان محرما أصليها، و المعارض له واجب مقدمى كما هو واضح.

و من هنا لم يذكروا إباحه غيره من المحرمات مع توقف حفظ الوديعه عليها، من غير فرق بين كونها متعلقه بالخالق أو المخلوق.

و كيف كـان هى أى الوديعه عقـد جائز من طرفيه بلا إشـكال و لا خلاف، بل الإجماع بقسـميه عليه، و هو الحجه فى تخصـيص الآـيه و غيرهـا من أدله اللزوم، و حينئـذ ف يبطـل بموت كل واحـد منهما و بجنونه و إغمائه، و نحو ذلك مما يخرج به ماله عن ملكه، أو ولاـيته عنه كما هو الشأن فى نحوه من العقود الجائزه للإجماع، أو لأنه بالموت ينتقل المال عن المودع، كما أنه لا عقد مع وارث

الودعى، فلا يجوز بقاؤه على حكم الوديعه، و بالجنون مثلا و نحوه تنتقل ولايه تصرفه إلى غيره، و لا عقد مع غير الودعى فلعله لذلك كانت الأهليه معتبره فيهما فى الابتداء و الاستدامه.

و على كل حال مع البطلان تكون العين حينئذ فى يد الودعى أو فى يد من وضع يده عليها حسبه أمانه شرعيه، لعدم إذن المالك الصورى، و حصول الاذن من المالك الحقيقى فى الاستيلاء عليها للرد حسبه، و حينئذ يلحقها حكم غيرها من الأمانات الشرعيه من نحو وجوب ردها إلى مالكها، أو ولى أمره، أو إعلامه على القولين فورا على وجه لو لم يبادر لا لعذر شرعى ضمن، و لم يبق لها شى ء من أحكام الوديعه حتى قبول صاحبها فى ردها، فإنه لا يقبل لما عرفت من انفساخ عقد الوديعه.

نعم لو كان تأخيرها مثلا- فى صوره موت المودع، لعدم العلم بانحصار الوارث المعلوم كونه وارثا، أو للشك فى كونه وارثا، و لم يكن حاكم يرجع إليه، ففى المسالك «الأقوى عدم الضمان، خصوصا مع الشك فى كون الموجود وارثا، لأصاله عدمه، و أما مع العلم بكونه وارثا فالأصل أيضا عدم استحقاقه جميع المال، و العلم بكونه مستحقا فى الجمله لا يقتضى انحصار الحق فيه، و أصاله عدم وارث آخر معارض بالأصل المزبور، فيبقى الحكم فى القابض، و وجوب البحث عن المستحق كنظائره من الحقوق، و مثله يأتى فيما لو أقر بمال المورث زيد، فإنه لا يؤمر بتسليم جميع المقربه اليه إلا بعد البحث، حتى لو ادعى انحصار حق الإرث فى الموجود مع الجهل، ففى جواز تمكينه من دفعه إليه وجهان، من اعترافه بانحصار الحق فيه، فيلزم بالدفع إليه، و من أنه إقرار فى حق الغير حيث يمكن مشاركه غيره له فيه إلى ان قال:- و لو أخر تسليم الوديعه إلى الوارث ليبحث عن وصيه الميت أو إقراره بدين و نحوه، فالأقرب الضمان، لأصاله عدمه، بخلاف الوارث.» لكنه كما ترى خصوصا ما ذكره فى الإقرار الذى لا ريب فى حجيته على المقر الذى هو مخاطب بإيصال المال، و البحث فيه و فى سابقه مع عدم حصول العلم به لا يجعل

به الأصل حينئذ حجه، و الامتناع بعده يقتضى تعطيل المال عن مستحقه.

نعم له التروى و البحث دفعا لضرر الغرامه عن نفسه، لا لمعارضه أصاله عدم وارث آخر بأصاله عدم استحقاقه الجميع، ضروره وروده عليه و انقطاعه به، على أنه لم يتضح لنا الفرق بين احتمال الوارث، و احتمال الوصيه الذى ذكره أخيرا، فالمدار و المدرک حينئذ ما عرفت، و لا عبره بالاحتمالات الخارجه عن مذاق العقلاء كما هو واضح. و الله العالم.

و تحفظ الوديعه، بما جرت العاده بحفظها به كالثوب و الكتب فى الصندوق و الدابه فى الإصطبل، و الشاه فى المراح، أو ما يجرى مجرى ذلک فى الحرز لمثلها فى العاده، كما هو الضابط فى كل ما لا حد له فى الشرع الذى منه ما نحن فيه، ضروره كون الوديعه استنابه فى الحفظ، و ليس له فى الشرع حد مخصوص، فلا مناص عن الرجوع فيه إلى العاده فى حفظ مثل هذه الوديعه على وجه لا يعد الوديع مضيعا و مفرطا و خائنا و مهملا و متعديا، و لا فرق فيما ذكرنا بين علم المودع بوجود حرز مثلها عند الوديع أولا، فإن العلم بالعدم لا يقتضى الإذن له فى الوضع بغير حرزها، بل عليه تحصيل الحرز لها مقدمه للحفظ الواجب عليه.

نعم الظاهر اختلافه باختلاف الأزمنه و الأمكنه، كاستيداع الدابه فى الباديه عند أهلها و نحو ذلک، كما أن من المعلوم إراده الحفظ لها فى الأماكن المخصوصه، إذا فرض كونها حرزا لها فى العاده، فلا يكفى الصندوق المشترک بينه و بين غيره من دون قفل و نحوه، بل هو أيضا لا يكفى إذا كان فى بيت كذلک، مع فرض عدم كونه حرزا فى نفسه لمثلها.

و يلزمه سقى الدابه و كل حيوان محترم خصوصا الآدمى و علفها بلا خلاف و لا إشكال، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه بمعنى عرض ذلک عليها على حسب العاده، لأنه من مقدمات الحفظ المأمور به، أمره المالک بذلک أو لم يأمره كغيره من المقدمات المتعلقه بالوديعه من حيث كونها وديعه، فلو قصر حينئذ فى شى ء من ذلک ضمن، للتفريط، بل هو كذلک و إن عاد إلى القيام به، كما تسمعه

فيما يأتى.

و أما وجوب بـذل عين النفقه من الماء المحتاج إلى قيمه و العلف كـذلك، فظاهر الأصـحاب المفروغيه من وجوب بـذلها عليه، كما فى المسالك و غيرها، بل حكى بعضهم الإجماع عليه تاره، و نفى الخلاف عنه اخرى، و لعله كذلك.

لكن على هـذا الترتيب و هو التوصل إلى ذلك باستيذان المالك أو وكيله فيه، فان تعذر رفع أمره إلى الحاكم، ليأمره به إن شاء أو يستـدين عليه، أو يبيع بعضه للنفقه، أو ينصب أمينا عليه، فان تعذر الحاكم أنفق هو، و أشـهد عليه، و يرجع مع نيته، و لو تعذر الاشـهاد اقتصـر على نيه الرجوع، و القول قوله فى مقـدار النفقه، كما أن القول قول المالك فى مقدار زمانها، و الكلام فى اعتبار الاشهاد فى وجوب الرجوع و عدمه تقدم فى باب المزارعه هذا.

و فى المسالك «و فى حكم الحيوان، الشـجر الذى يفتقر إلى السـقى و غيره من الخدمه، و فى حكم النفقه على الحيوان ما يفتقر إليه من الدواء لمرض» و ظاهره بل صـريحه كغيره الوجوب من حيث الوديعه، فيضـمن حينئذ مع التقصـير فيه، إلا أنه إن لم يكن إجماعـا أمكن المنـاقشه فيه، بعـدم اقتضـاء إطلاـق الوديعه الحفـظ بنحو ذلـك، و كونه حيوانـا محرما لا يسوغ إتلافه بغير الوجه المـأذون فيه، لاـ يقتضـى ترتب الضـمان المتوقف على التعـدى و التفريط فى الوديعه من حيث كونها وديعه بمعنى التقصـير فيما اقتضاه إطلاق عقدها، لا التقصير فى الحكم الشرعى الثابت عليه و إن لم يكن ودعيا.

على أنه لا يتم فيما سـمعته من المسالك من إلحاق الشجر الذى هو ليس بذى نفس محترمه، و لو قلنا بوجوب حفظ كل مال فى نفسه على المالـك و غيره، إلا أن ذلك لا يقتضـى الضـمان مع التقصـير فيه، ضـروره كون الحفظ من جهته من مقتضـى إطلاق عقدها، اللهم إلا أن يعده التقصير فيه باعتبار كون المال فى يده خيانه، و أنه هو المتلف للمال، لكنه كما ترى.

و على كل حال ف يجوز أن يسقيها بنفسه و بغلامه، اتباعا للعاده

القائمه مقام إذن المالک فیه، مع عدم صدق التعدی و التفریط، و لیس هو من إیداع الودیعه غیره عرفا، کما هو واضح، لکن فی المسالک «إن مقتضی العاده جواز تولی الغلام سواء کان المستودع حاضرا عنده أم غائبا، و سواء کان الغلام أمینا أم لا، و لیس کل ذلک جائزا هنا، بل إنما یجوز تولی الغلام لذلک مع حضور المستودع عنده، فیطلع علی قیامه بما یجب، أو مع کونه أمینا، و إلا لم یجز، و لا فرق فی ذلک بین وقوع الفعل فی المنزل و خارجه، فلو توقف سقیها علی نقلها و لم یکن أمینا فلا بد من مصاحبته فی الطریق، و إنما تظهر الفائده فی نفس مباشره الغلام لذلک، و کذا لا فرق فی ذلک کله بین الغلام و غیره ممن یستنیبه المستودع، و عباره المصنف لا تنافی ما قیدنا، لانه لم یجوز إلا تولی السقی، و هو أعم من کونها مع ذلک فی ید المستودع و عدمه، و العام لا یدل علی الخاص، فیمکن تخصیصه إذا دل علیه الدلیل، و هو هنا موجود بما أطبقوا علیه، من عدم جواز إیداع الودعی مع الإمکان و هذا فی معناه، و ربما قیل: بأن ذلک فیمن یمکن مباشرته لذلک الفعل عاده، أما ما لا یکون کذلک، فیجوز له التولیه کیف کان، و هو ضعیف».

و فیه أن ذلک لا یعد إیداعا، بل هو قیام بالعمل الذی یراد من الودیع الذی لا یجب علیه مباشرته فیما دلت القرائن مباشره غیره له، لرفعه شأنه، أو عجزه، أو نحو ذلک، و خصوصا فیما قضت به العاده مما هو لیس بتعد و لا تفریط.

و منه یعلم ما فی قول المصنف أیضا و لا یجوز إخراجها من منزله لذلک، إلا مع الضروره، کعدم التمکن من سقیها أو علفها فی منزله، أو شبه ذلک من الأعذار ضروره عدم الفرق بین ذلک و بین ما تقدم، مع فرض قضاء العاده به، و لم یکن ثم ما یقتضی التفریط بها.

و من الغریب أنه فی المسالک وافق هنا علی ذلک، مع أنه قد سمعت منه ما مضی فإنه بعد أن ذکر هنا عدم الفرق فی المنع من إخراجها لذلک بین کون الطریق أمنا و عدمه، لان النقل تصرف فیها و هو غیر جائز مع إمکان ترکه، و عدم الفرق بین کون العاده مطرده بالإخراج لذلک و عدمه، لما ذکر، و عدمه أیضا بین کونه متولیا لذلک

بنفسه، و غلامه مع صحبته له و عدمه، لاتحاد العله فی الجمیع، قال: «و استقرب فی التذکره عدم الضمان لو أخرجها، مع أمن الطریق و إن أمکن سقیها فی موضعها، محتجا باطراد العاده بذلک، و هو حسن مع اطرادها بذلک لا مطلقا.

ثم إنه لا یخفی علیک ما فی إطلاق الجواز للضروره و إن کان الطریق مخوفا، الذی وجهه کون ذلک من ضروریات الحیوان، فالضرر اللاحق بترکه أقوی من خطر الطریق فإنه قد یشکل فی بعض الصور بما إذا کان التأخیر إلی وقت آخر أقل ضررا أو خطرا من إخراجها حین الحاجه، و نحو ذلک، فینبغی مع اشتراکهما فی الضرر مراعاه أقل الضررین، اللهم إلا أن یقال: بعدم إراده هذه الصوره من الإطلاق المزبور و الأمر سهل بعد ظهور الحال فی أصل المسأله و هو أن المدار فی حفظها و فی حرزها علی المعتاد، الذی لا یعد عرفا مع مراعاته مفرطا و متعدیا، بل قد سمعت قیام العاده مقام الاذن من المالک فی ذلک. و الله العالم.

و لو قال المالک لا تعلفها أو لا تسقها لم یجز القبول لکونه ذا کبد حری و نفس محترمه، و واجب النفقه علی المالک، بل یجب علیه سقیها و علفها مراعاه لحق الله تعالی شأنه، و إن أسقط الآدمی حقه، بل مع امتناع المالک و رفع الأمر إلی الحاکم و أمره بالنفقه من ماله، یتجه الرجوع له علیه، و کذا لو کان بأمر عدول المؤمنین أو به مع الإشهاد أو بدونه مع نیه الرجوع علی حسب ما تقدم سابقا.

نعم لو أخل بذلک و الحال هذه أثم و لم یضمن لأن المالک أسقط الضمان بنهیه، کما لو أمره بإلقاء ماله فی البحر خلافا لبعض فأجری حکم الودیعه مع النهی، فضلا عن غیره حتی فی غیر الحیوان، إلا أنه کما تری، للأصل بعد انصراف دلیل الضمان إلی غیره، و خصوصا فیما لو کانت الودیعه غیر حیوان، کشجر و بناء و نحوهما، بل فی المسالک «الأقوی عدم وجوب حفظه، فضلا عن عدم الضمان، لأن حفظ المال إنما یجب علی مالکه، لا علی غیره، و إنما وجب الإنفاق فی الحیوان لکونه ذا روح، فیأثم بالتقصیر فی حقه، فیجب دفع ألمه».

نعم یبقی إشکال فی أصل صحه الودیعه علی هذا الوجه المقتضی سفاهه المالک،

فيصير المال حينئذ فى يده أمانه شرعيه يجب ردها إلى المالک أو وليه اللهم إلا أن يفرض فى وجه لا سفه فيه، أو يقال: إن السفه لا يؤثر فسادا بدون تحجير الحاكم.

نعم قد يقال: إن الاشكال فى صحه الوديعه المأذون فيها بالتفريط مطلقا، أو فى شى ء خاص كما أنه قد يقال بوجوب الحفظ على من فى يده المال، و إن أذن المالک بإتلافه، كما قد أشرنا إليه سابقا و الله العالم.

و لو عين له موضع الاحتفاظ اقتصر عليه لأصاله حرمه التصرف فى مال الغير بغير إذنه و حينئذ ف لو نقلها عنه ضمن لأنه عاد إلا إذا كان النقل إلى أحرز بل أو مثله على قول قوى إذا فهم إراده المثال مما عينه، و لو بقرينه ظهور كون الغرض له الاحتفاظ كتعيين الزرع و الراكب و نحوهما فى المزارعه و الإجاره.

أما إذا لم يفهم ذلک فالأقوى الضمان حتى فى النقل إلى الأحرز، فضلا عن المساوى، سواء فهم إراده الخصوصيه منه، أو أطلق و لم يكن قرينه على الإراده المزبوره، لتحقق المخالفه حينئذ، اللهم إلا أن يقال: إن الإيداع كان يقتضى التخيير فى أفراد الحرز، و تعيين موضع الاحتفاظ إنما يقتضى عدم الاذن فى الأدون، أما غيره فيبقى على مقتضى الإطلاق الذى لم يتقيد بالتعيين المذكور، بعد فرض عدم ظهوره فى إراده التقييد.

نعم لو فرض أن حصول الإيداع قد كان بتعيين موضع الاحتفاظ، اتجه حينئذ الاقتصار عليه ما لم يظهر إراده المثال، و دعوى حصول مفهوم الموافقه فى الأحرز واضحه المنع، مع أنه قد يمنع ذلک أيضا، بدعوى ظهور التقييد بتعيين موضع الاحتفاظ، كما فى غيره من أفراد المطلق و المقيد.

و لعله لذا جزم فى المسالک بعدم جواز التخطى فى الفرض حتى إلى الأحرز، بل حكاه جماعه منهم الشهيد فى حواشيه على القواعد، بل احتمل فى النسبه إلى القول التى فى المتن و القواعد- المشعره بالتوقف، و أن القول الأخر بخلافه- رجوعها

إليهما معا، لا خصوص الأخير، بل فى المفتاح نسبته إلى ظاهر النهايه و التبصره، و موضع من السرائر و الغنيه، و صريح النافع و الكركى و الأردبيلى، و ميل التحرير و إيضاح النافع. و بذلك يظهر لك ما فى دعوى الإجماع على الجواز فى الأحرز، و أن الخلاف إنما هو فى المساوى دون الأحرز.

و على كل حال فلا ريب فى أنه متجه. بناء على أن ذلك من موضوع الإطلاق و التقييد، كما يشهد له قول المصنف و غيره ف لا يجوز نقله إلى ما دونه، و لو كان حرزا إلا مع الخوف من إبقائها فيه بل فى المسالك «الإجماع على عدم جواز نقلها إلى ما دونه» و ما ذاك الا لفهم التقييد من التعيين المزبور، و لا ريب فى عدم الفرق حينئذ بين ما دونه و ما فوقه، مع فرض عدم قرينه تدل على ذلك، كما أنه لا إشكال فى ظهور ذلك حال كونه حرزا لمثلها، أما مع فرض عروض الخوف عليها فيه فلا تقييد للإطلاق، و حينئذ يجوز نقلها إلى غيره، و إن كان أدون مع فرض كونه حرزا بل مقتضى إطلاق العباره و غيرها جواز النقل إليه و إن تمكن من المساوى و الأحرز و لعل وجهه حينئذ بقاء الإطلاق على حاله فى الفرض، و هو يقتضى التخيير المزبور خلافا لثانى الشهيدين فأوجب المساوى فما فوق مع التمكن، و إلا فالأدنى، مع أن مذهبه عدم ظهور المثال فى التعيين المزبور.

و كيف كان فالمتجه عدم الضمان، حيث يجوز له النقل، سواء تلف بانهدامه أو بغيره، لما عرفت من أن مبنى الجواز حصول الاذن من المودع، و هو يقتضى عدم الضمان، فما عن بعض- من الحكم بالضمان مع جواز النقل إلى الأحرز و المساوى و عن آخر من الفرق بين التلف بالنقل كالانهدام مثلا و غيره فيضمن فى الأول دون الثانى- لا يخلو من نظر، و لعل وجه الأول أن جواز النقل إليهما إنما هو من الفحوى التقديريه التى يجوز بها الاقدام، و لكن لا ترفع الضمان الحاصل من المخالفه، و الثانى بأن انتفاء الضمان معه و إن جاز النقل إليه، مراعى بعدم ظهور الخطأ فى كونه مساويا أو أحرز، فمع فرض ظهور عدمه بالانهدام يتحقق الضمان، أما التلف بغيره فلم يتبين له ظهور الخطأ، إلا أن الجميع كما ترى.

و علی کل حال فقد بان لک مما ذکرنا أنه لو قال: لا تنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل کیف کان إلی مساو أو أحرز، لتحقق التعدی فیها حینئذ بالمخالفه، لنهیه المقتضی عدم جواز ذلک له إجماعا، إلا أن یخاف تلفها فیه فیجوز له حینئذ النقل حسبه إلی المساوی و الأحرز، و إلا فالأدون کما فی المسالک أو إلی حرز مثلها مطلقا کما هو الأقوی علی ما عرفته سابقا فی نظیره.

و علی کل حال یجوز ذلک له و لو کان قد قال : لا تنقلها عن هذا المکان و إن تلفت فیه، لعدم ثبوت هذه السلطنه له من السلطان الحقیقی، بل حرم علیه إضاعه المال و إتلافه فی غیر وجهه، و من ذلک «النهی عن التبذیر»،(۱)و «عن تمکین السفهاء من الأموال التی جعلها لنا قواما»(۲).

و لکن لا یخفی علیک عدم بقائها حینئذ فی یده ودیعه، بل هی أمانه شرعیه، لعدم الاستنابه من المالک فی ذلک، فیضمنها حینئذ بعدم الرد إلی المالک أو ولیه فورا أو الاعلام، کما أنه لا یخفی عدم وجوب ذلک علیه، و إنما هو جائز له.

فما فی المسالک- من وجوب النقل، لأن الحفظ واجب علیه، و لا یتم إلا بالنقل، و للنهی عن إضاعه المال فلا یسقط هذا الحکم بنهی المالک و إن صرح بقوله و إن تلفت، لکن هنا لو ترک نقلها أثم، و لا ضمان لإسقاط المالک له عنه کما مر لا یخفی ما فیه، بناء علی أنه بناه علی بقاء حکم الودیعه، و لذا وجب الحفظ، ضروره أصاله براءه الذمه منه، مع قطع النظر عنها، إذ هو إن سلم فعلی المالک لا غیره،

ضروره عدم الإذن من المالک فی ذلک، بل الفرض نهیه.

و ربما قیل: إن وجهه دعوی کون المراد للمالک بالنهی المزبور للاستظهار فی حفظه، بزعم کون المکان المزبور أنه أحرز، إلا انه بان خطاؤه أو تجدد ما نافی ظنه الذی هو فی الحقیقه مقید ببقاء ذلک المکان حرزا له.

و فیه: إن المتجه علی هذا التقدیر ضمانها بعدم النقل، مع الخوف للتفریط

۱- ۱ سوره الإسراء الآیه ۲۶.

۲- ۲ سوره النساء الآیه- ۵.

کما عن الشیخ فی المبسوط، مع أنک قد عرفت تصریحه بعدمه و إن أثم.

نعم قد یقال: إن عدم ضمانه بذلک، للأصل المقتصر فی خلافه علی التفریط الذی لم یأمر المالک به، و أما الإثم بعدم النقل، فباعتبار وجوب حفظ ما فی یده من مال غیره علیه و حرمه إضاعته علیه، و إن قلنا بعدم وجوب حفظ مال الغیر- الذی لم یکن فی یده- علیه، و هذا الوجوب و الحرمه لا یستعقب ضمانا، و إنما هی حرمه شرعیه، نحو الحرمه علی المالک.

هذا کله بناء علی سقوط حرمه نهی المالک فی الفرض، و ربما یناقش فیها بعموم (۱)«تسلط الناس علی أموالهم» و لیس هو من السفه و التبذیر مع فرض احتمال غرض معتد به فی ذلک وقت نهیه، و خصوصا مع حضوره فی البلد، و إمکان مراجعته أو مراجعه الحاکم، أو عدول

المؤمنین، و بعد التسلیم ففی تصدیقه بحصول ما یقتضی جواز مخالفه النهی أو وجوبه وجهان: لا یخلو ثانیهما من قوه،

لعموم (۲)«البینه علی المدعی»

بعد الشک إن لم یکن الظن فی اندراجه تحت الأمین المصدق فی ذلک فلا یبعد حینئذ الحکم بضمانه حتی تقوم البینه علی حصوله بل قد یحتمل الضمان مع قیامها أیضا فی کل مال مقبوض بلا إذن من المالک، فضلا عن النهی و إن کان خلاف المشهور بین من تعرض له، لعموم علی الید، و الحسبه و الإحسان یجوزان الاقدام و لا یرفعان الضمان الحاصل من خطاب الوضع، و نفی السبیل علی المحسن إنما هو بالنسبه إلی ما فعله من الإحسان، فلیس له الاعتراض علیه فی ذلک.

و لعله علیه یبنی ما عن التذکره من أنه لو نقلها إلی غیر المعین و توقف النقل إلیه علی أجره لا یرجع بها، لأنه متبرع بها، و استحسنه فی المسالک، لکنه احتمل أیضا مع ذلک الرجوع مع نیته لإذن الشارع له فی ذلک، فتقدم علی إذن المالک، و لأن فیه جمعا بین الحقین، مع مراعاه حق الله تعالی فی امتثال أمره بحفظ المال، و

۱- ۱ بحار الأنوار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبعه الحدیثه.

۲- ۲ الوسائل الباب ۳۰- من أبواب الحکم و الدعوی.

لعله لا يخلو من وجه لو كان باذن الحاكم أو عدول المؤمنين و الله العالم.

و لاـ تصح وديعه الطفل و لا المجنون لاعتبار الكمال فى طرفى عقدها كغيرها من العقود بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، من غير فرق بين ماليهما و غيرهما و دعوى الاذن و عدمها، بل لا يصح حتى لو علم الاذن لهما، لقصور عبارتهما عن مباشره العقد كما هو واضح.

نعم لو علم الاذن اكتفى فى الوديعه حينئذ بفعل المرسل لهما فى أيديهما، بناء على الاكتفاء بمثل ذلك فيها، لعدم اعتبار مقارنه القبول فيها للإيجاب، و إلا فإنشاء عقد الوديعه منهما سواء كان عنهما أو عن غيرهما باطل.

و لا يجوز وضع اليد عليها بل يضمن القابض لذلك منهما

لعموم (۱)«على اليد ما أخذت»

و غيره و لا يبرأ بردها إليهما للحجر عليهما، و إنما يبرأ بالرد إلى وليهما الخاص، أو العام مع تعذره، بل مقتضى إطلاق العباره و غيرها ذلك، و إن كان قد فعل ذلك حسبه للخوف من التلف و نحوه، و هو مؤيد لما ذكرناه سابقا من أن الإحسان لا يرفع الضمان.

لكن فى المسالك و عن غيره الأقوى أنه لو قبضها منهما مع خوف هلاكها بنيه الحسبه فى الحفظ لم يضمن، لانه محسن، و ما على المحسنين من سبيل، لكن يجب عليه مراجعه الولى فى ذلك، فان تعذر قبضها، و ترتب الحكم. و فيه ما عرفت.

و كذا لا يصح أن يستودعا، و إن كان لو أودعا لم يضمنا بالإهمال وفاقا للمشهور لأن المودع لهما فى الحقيقه هو ال متلف ماله بإيداعه مثلهما الذى لم يجب عليه الحفظ و أداء الأمانه، فنسبيته فى الإتلاف أقوى من تفريطهما فيه، و لا دليل على ضمانهما بذلك، بعد ظهور

قوله عليه السلام (۲)«على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

فى غير الفرض، بسبب تفريط المالك، لا ما فى المسالك «من

۱- ۱ المستدرك ج ۲ ص ۵۰۴.

۲- ۲ المستدرك ج ۱۷ ص ۸۸.

أن «على» ظاهره فى وجوب الدفع و التكليف بالرد، فيكون مختصا بالمكلف» لما ستعرفه.

نعم لو أتلفا المال مباشره بأكل و نحوه، أو تسبيبا بإحراق و نحوه، اتجه ضمانها مع تمييزهما، و أطلق فى المسالك و غيرها قال: لعموم (۱)«من أتلف» الشامل للمكلف و غيره، فيؤدى حينئذ من مالهما إن كان و إلا تخلصا منه بعد التكليف، و فيه ما لا يخفى من أن السبب هنا أقوى من المباشر الذى هو كالحيوان بالجنون و عدم التمييز، و لذا يحكى عن بعضهم عدم الضمان مطلقا، كما لا يخفى ما فى الذى ذكره سابقا فى اليد، ضروره أن

قوله «على اليد»

أيضا من خطاب الوضع الشامل للمكلف و غيره من حيث تسبيب الضمان، و إن وجب الأداء بعد البلوغ، و لفظ «على» إنما يراد منها الإثبات فى الذمه، لا تقييد موضوع ذلک بما إذا كان مكلفا.

نعم ربما فرق بين المميز و غيره، فحكم بضمان الأول، دون الثانى الملحق، بالمجنون، لعدم قصد غيره إلى الإتلاف، فكان كالدابه. لكن نظر فيه فى المسالک «بأن المقتضى و هو الإتلاف موجود، و المانع غير صالح للمانعيه، أما القصد فلا مدخل له فى الضمان و عدمه. كما يعلم من نظائره، و أما تسليط المالک فإنه انما وقع على الحفظ، لا على الإتلاف، غايه ما فى الباب أنه عرض ماله له، بسبب عدم صلاحيتهما للحفظ، و هو غير كاف فى سقوط الضمان عنهما لو باشراه، بخلاف ما لو تركا الحفظ، و الأقوى الضمان مطلقا.

قلت: لا يخفى ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه، و التحقيق أن يقال: إن اليد بغير إذن شرعيه، من أسباب الضمان قطعا، من غير فرق بين المكلف و غيره، فلو أودع صبى صبيا أو مجنونا أو مجنون صبيا أو مجنونا فتلف هى فى يدهما كانا ضامنين لذلک، و الفرق بينهما و بين الدابه، أن لهما ذمه و ملكا، و غيرهما بخلافها، و اى فرق فى أسباب الوضع بين ذلک، و بين الجنايه و الحدث و غيرهما.

۱- ۱ قاعده مستفاده من مضامين الاخبار فمن أراد الاطلاع على مدركها فليراجع« القواعد الفقهيه» للسيد البجنوردى.

نعم فی الفرض قد یتوقف فی ضمانهما بالإهمال، لا لعدم ضمانهما بالید، بل من حیث حصول التلف للمال بسببین، أحدهما من المالک، و هو أقوی من الواقع من أحدهما، خصوصا مع عدم التمییز، فیقوم ذلک مقام الإتلاف منه فی أیدیهما، کما أومأ إلیه المصنف، بخلاف ما لو باشرا التلف مع تمییزهما، فإنه لا إشکال فی أن ما وقع منهما فی إیجاد التلف فی الخارج أقوی مما وقع منه، الذی هو إیداعهما، لا تسلیطهما علی تلفه و حینئذ فالمیزان ذلک، و هو الحکم بضمانهما بالید إلا أن یحصل من المالک مباشره تلف أو تسبیب أقوی من تفریطهما، و لعله یختلف باختلاف التمییز و نحوه مما له مدخلیه فی عله التلف و إیجاده لا ما ذکره ثانی الشهیدین من عدم ضمانهما بالید، لعدم الدلیل الذی قد عرفت إمکان دعوی القطع بفساده، خصوصا فیما یأخذانه بأنفسهما من دون علم من المالک بسرقه و نحوهما، کما لا یخفی علی من له أدنی خبره بفقه أهل البیت علیهم السلام و الله الموفق و العالم.

و أما العبد إذا استودع فأتلف فالأقرب أنه یتبع به بعد العتق، و إن کان الاستیداع باذن مولاه، إذ هی لا تقتضی التزام المولی بذلک حتی فی کسب العبد، للأصل و غیره.

و إن کان بالإهمال مع فرض عدم کون القبول باذن المولی، فعن بعضهم لا شی ء للمالک، لعدم جواز قبولها و عدم وجوب الحفظ علیه، فالتضییع للمال من المالک.

و فیه ما عرفت من اقتضاء الید الضمان، فیتجه حینئذ اتباعه به بعد العتق، کما عن التذکره و التحریر التصریح به، کما لو کان القبول باذن المولی، و لا رجوع بوجه علی المولی حتی بالنسبه إلی کسب العبد، إذ هو أولی من صوره الإتلاف التی قد عرفت أن الحکم فیها ذلک نعم لو کان تفریط العبد من المولی، و لو بمنعه من الحفظ فالضمان علیه، کما عن بعضهم التصریح به و الله العالم.

و إذا ظهر للمودع أماره الموت وجب الاشهاد بها کما صرح به غیر واحد، بل لا أجد فیه خلافا بینهم، نعم فی القواعد إبدال ذلک بالوصیه بها، و لعله یرید ذلک ضروره انحصار وجه وجوب ذلک فی لزوم الحفظ، و حرمه التفریط بها،

و ترک ذلک یقتضی ذلک، فان الوارث بدونه یستحق بإرثه جمیع ما کان یده علیه، و کذا الدیان، و الوصیه بها مع عدم الاشهاد لا یرفع ذلک، فلا محیص حینئذ عن إراده معنی الاشهاد علیها من الوصیه بها کالعکس، بل هما بمعنی عند التأمل بعد معلومیه انتفاء المعنی المعلوم من الوصیه الراجعه إلی الثلث و نحوه، و من هنا یتجه القول بوجوب ما یرفع ذلک و نحوه عنها، من غیر تخصیص بالإشهاد و نحوه.

نعم هو قد یجب فی الجمله و ذلک حیث یتوقف رفع ذلک علیه، و إلا کان مخیرا بینه و بین غیره، و من ذلک یعرف ما فی بعض کتب الأصحاب خصوصا ما فی المسالک و علی کل حال فمتی أخل بما وجب مما یتوقف علیه الحفظ من ذلک ضمن، لکن فی التذکره و المسالک لا یستقر الضمان إلی أن یموت، فیعلم التفریط فی أول زمان ظهر فیه أماره الموت، سواء کان ذلک فی ابتداء المرض، أم فی أثنائه.

و فیه أنه یقتضی سقوط الضمان بالإشهاد فی آخر الأزمنه و إن فرط فی أولها، و هو مناف لما تسمعه إنشاء الله من ضمان المفرط بتفریطه، و إن عاد بعد ذلک الی ما یراد منه من الحفظ، و دعوی عدم تحقق التفریط إلا بترک الاشهاد فی جمیع الزمان إلی حصول الموت، یقتضی عدم الضمان حینئذ فی أول الأزمنه، بل بالأخیر منها الذی تحقق به التفریط، و هو خلاف ما ذکره، فالمتجه حینئذ تحقق الضمان بأول أزمنه التفریط، و إن أشهد بعد ذلک.

هذا کله بناء علی جواز بقائها ودیعه عنده مع ظن الوفاه، و إلا فقد یقوی وجوب الرد علی المالک مع الإمکان و إلا فالحاکم، و إلا فعدول المؤمنین، و مع فرض التعذر یشهد علیها حینئذ و یوصی بردها، و ذلک لإطلاق وجوب رد الأمانه إلی أهلها، و الخطابات المطلقه فتضیق بظن الوفاه، لعدم الوثوق حینئذ بزمان غیره لامتثالها، و التضیق بالمطالبه لا ینافی التضیق بذلک؟

و دعوی اشتراط أصل الوجوب بالمطالبه، یدفعها إطلاق أدله التأدیه و الرد و نحوهما، مؤیدا بمعلومیه انفساخ أمانته بموته، و صیروره المال فی ید غیره، و لم یأذن المالک إلا بوضعه فی یدیه، و مباشره حفظه بنفسه، و الاشهاد و الوصیه لا ترفع

ذلک، بل قد یؤیده أیضا إیجاب الرد عند السفر، و لا ریب فی أولویه المقام منه.

و لعله لذا و غیره حکی عن التذکره و أکثر الشافعیه ذلک، أو ما یقرب منه لکن قیل: إنه رجع عنه بعد ذلک إلی الاکتفاء بالوصیه، و ظنی أنه لیس رجوعا، بل کان ذلک منه لبیان الاکتفاء فی الجمله و لو فی بعض الأحوال، و منه یعلم عدم منافاه ما ذکرنا لإطلاق الأصحاب وجوب الاشهاد المحمول علی إراده بیان القضیه المهمله للقطع بعدم إراده تعیین ذلک علی کل حال، فإنک قد عرفت عدم انحصار الطریق فیه، و لعدم الدلیل علی وجوبه تعبدا کما هو واضح بأدنی تأمل.

و منه یعلم ما فی المسالک و غیرها من کتب الأصحاب، بل لعل ما فیها لا یخلو من تناف فلاحظ و تأمل.

و لو لم تظهر له أماره الموت بل مات فجأه مثلا لم یکن علیه ضمان قطعا، لعدم التفریط، خلافا للمحکی عن إیضاح الفخر من الحکم به أیضا، لأن الوصیه و الاشهاد سبب فی منع الوارث من جحودها، و فی وجوب أدائها ظاهرا إن علم بها، و فی نفس الأمر إن لم یعلم، و ذلک کله سبب للحفظ، فترکه ترک سبب الحفظ، و لا معنی للتفریط إلا ذلک.

و فیه منع کونه مع ذلک سببا عقلا أو شرعا أو عرفا و إلا لوجب الاشهاد علی الودیعه من أول قبضها کی لا یکون مفرطا ضامنا، و هو معلوم البطلان، و الاحتمال إذا لم یکن جاریا مجری العقلاء لا یلتفت إلیه کما هو واضح بأدنی تأمل.

نعم حیث یخشی علیهما التلف علی وجه جار مجری العقلاء کما إذا ظهرت أماره الموت اتجه حینئذ وجوب الاشهاد و الإیصاء الذی یکون به حفظ الودیعه، من غیر فرق بین الوارث و الأجنبی، و لا عبره بغیره کالإیصاء إلی فاسق، أو بلا إشهاد أو نحو ذلک، کما لا عبره بالإیصاء بها بلا تعیین لها و لا لمکانها کقول (عندی ودیعه)، أو لفلان، أو ذکر الجنس و أبهم الوصف، کما لو قال عندی ثوب لفلان، ضروره عدم حفظها بشی ء من ذلک، فیتجه حینئذ ضمانه لها مع فرض معلومیتها عنده إلی الموت

و أن كيفيه إشهاده بها كانت كذلك، إذ هو حينئذ كما إذا لم يشهد، من غير فرق مع ذكره الجنس، بين أن لا يوجد فى تركته ذلك الجنس، أو يوجد متعددا أو متحدا، لحصول التقصير بترك البيان على كل حال، و الوجود فى التركه لا يقتضى كونه الوديعه، و أصاله بقائها لا تقتضى كونها المشخصه، كى يكون شريكا مع التعذر و مختصا به مع الاتحاد.

و بذلك يظهر لك ما فى المسالك من أنه على تقدير التعدد فهو بمنزله خلطها بماله حيث لا يتميز، فيكون تفريطا يوجب الضمان ثم قال: و لا يكون الموصى له شريكا فى الثياب الموجوده، لأصاله عدم استحقاقه شيئا فى تركه الودعى، و إن كان ضامنا لحقه، فيرجع إلى المثل أو القيمه، و يحتمل كونه شريكا لأصاله البقاء و إن حكم بالضمان، كما لو مزجه بماله و لو وجد ثوب واحد ففى الحكم به للمالك وجهان، مأخذهما أصاله بقاء حقه الثابت بالإقرار، فيستصحب إلى أن يعلم التلف حملا لإطلاقه على الموجود، لأصاله عدم غيره، و أن الموجود محكوم به تركه ظاهرا و تقصيره فى التمييز اقتضى ضمانها، أما كونها الموجود فلا و لاحتمال أن يكون هو الوديعه- فلا يحكم بها مع قيام الاحتمال، و ترك العمل بظاهر اليد، و على تقدير عدم الحكم له به، هل يحكم بضمان وديعته، قيل: لا لجواز تلفها بغير تفريط قبل الموت، و الإقرار به لا ينافيه، و قيل: نعم، لأصاله البقاء» إذ لا يخفى عليك ما فيه، ضروره عدم صلاحيه الأصول للتشخيص، على أن الاحتمال فى الصوره الأخيره آت فى الصورتين الأولتين اللتين جزم بالضمان فيهما، بل جعله فى أولهما ظاهرا، بل قد يقتضى التأمل فى أطراف كلامه أنه غير محرر لموضوع المسأله، و أنه الوديعه المعلومه عنده إلى حال الموت، لكنه ترك الاشهاد بها أصلا، أو ترك المثمر منه، لا الوديعه فى الجمله، فإن ذلك لا يقتضى الضمان بأصاله بقائها، و أصاله عدم الاشهاد بها، فيكفى حينئذ فى ضمان كل وديعه ادعى بها على ميت و أقيمت البينه على أصل استيداعه، و إن احتمل الرد و التلف بغير تعد و لا تفريط، و نحو ذلك، بدعوى أن ذلك هو مقتضى أصاله بقائها، و أصاله عدم ردها، و أصاله عدم

الاشهاد فيتنقح حينئذ كونه مفرطا ضامنا، و هو كما ترى لا ينبغى صدوره ممن له أدنى مسكه، ضروره توقف إثبات هذه الأصول ذلك على وسائط تقتضى الأصول عدمها، على أن التفريط من الأمور الوجوديه التى لا يمكن إثباته بالأصول، و إن تقوم بعض أفراده بالعدم، و لكنه ليس هو إلا تعريض المال للتلف، و لو بعدم فعل ما يقتضى حفظه كما هو واضح.

فالتحقيق حينئذ الحكم بالضمان مع العلم بترك الاشهاد فى الوديعه التى هى عنده حال الموت الذى هو التعريض لتلفها، و بعدمه مع قيام احتمال التلف بغير تفريط و لو بعد الإقرار بها عند قيام أماره الموت، بناء على أن الضمان إنما يكون بترك الإشهاد إلى حال الموت، و يمكن أن يكون عدمه لحصول التلف بغير تفريط، لأن الأصل البراءه.

و بذلك بان لك الوجه فى قول المصنف ف لو لم يشهد و أنكر الورثه، كان القول قولهم، و لا يمين عليهم إلا أن يدعى عليهم العلم كما هو الضابط فى الحلف على نفى فعل الغير، سواء كان المراد إنكار أصل الوديعه، أو التفريط بترك الاشهاد، لاحتمال تلفها بغير تفريط، كما اعترف به فى المسالك هنا، قال:

«لو أقر الورثه بالوديعه و لكن لم توجد فى التركه، و ادعى المستودع أنه قصر فى الاشهاد، و قال الورثه: لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير، فالقول قولهم، عملا بظاهر براءه الذمه»، و قال أيضا: «يمكن أن يكون المراد إنكار الورثه وجودها فى التركه حيث لم يشهد عليها، و لعلها تلفت قبل حصول ما يوجب الاشهاد» فادعى المالك بقاءها و تقصيره فى الاشهاد، و الحكم فى المسألتين واحد.

و هو صريح فيما ذكرنا، من أن عدم الاشهاد مع العلم بوجود أصل الوديعه لا يقتضى الضمان، لاحتمال كونه للتلف بغير تفريط.

و كيف كان ف تجب إعاده الوديعه على المودع أو وليه أو وكيله مع المطالبه فى أول أوقات الإمكان، بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى ما دل من الكتاب و السنه على الأمر بأداء الأمانه إلى أهلها، و إلى عدم

جواز وضع اليد على مال الغير بغير إذنه، و الفرض عدمها هنا، لانقطاع الاولى بالمطالبه.

نعم لا ريب فى اعتبار الإمكان عقلا بل و شرعا ضروره عدم التكليف أصلا فى الأول، بل و الثانى، لأن المانع شرعا كالمانع عقلا إذا فرض رجحان مراعاته على وجوب رد الوديعه، بل فى المسالك «و المراد بالإمكان ما يعم الشرعى و العقلى و العادى، فلو كان فى صلاه واجبه أتمها أو بينها و بينه حائل من مطر مانع و نحوه صبر حتى يزول، أو فى قضاء حاجه فإلى أن ينقضى الضرورى منها، الى أن قال: «و هل يعد إكمال الطعام و الحمام و صلاه النافله و انقطاع المطر غير المانع عذرا، وجهان: و استقرب فى التذكره العدم، مع حكمه فى باب الوكاله بأنها أعذار فى رد العين، و ينبغى أن يكون هنا أولى، و هل التأخير ليشهد عليه عذر؟ قيل: نعم، ليدفع عن نفسه النزاع و اليمين لو أنكر الرد، و قيل: لا، لأن قوله فى الرد مقبول فلا حاجه إلى البينه، و لأن الوديعه مبنيه على الإخفاء غالبا، و فصل آخرون تفصيلا جيدا فقالوا: إن كان المالك وقت الدفع قد أشهد عليه بالإيداع فله مثله، ليدفع عن نفسه التهمه، و إن لم يكن أشهد عليه عنده لم يكن له ذلك».

قلت: لم أجد فى شى ء من النصوص اعتبار الإمكان كى يرجع فى صدقه إلى العرف و لا العذر حتى يكون الأمر فيه أيضا كذلك، و قد عرفت عدم جواز وضع اليد على مال الغير بغير إذنه.

نعم قد يتعارض وجوب الرد مع الواجبات فيفزع إلى ترجيح، و ربما يرجح رد الوديعه فيما لو كان قد نذر الاعتكاف مثلا سنه فى مكان مخصوص، للضرر على المودع بحبس ماله عليه.

اللهم إلا أن يقال بترجيح كل ما سبق تعلقه عليه، و فيه منع، لان السبق لا يقتضى تأخير امتثال الخطاب الأخر الذى هو مطلق. و لا تخصيصه بذلك: فتأمل.

كما أنه قد يقال: إن إطلاق الأمر بالتأديه يرجع فيه إلى المتعارف فى رد الودائع، فلا يجب عليه شده الإسراع بركض و نحوه، و إن اقترحه عليه المالك، و كذا قطع الأكل و الحمام و النافله و نحوها، و لعله لذا و نحوه يراد الفوريه العرفيه

لا العقليه فی نفس التأديه.

و بـذلک يظهر لک أن الميزان ما ذکرناه، لا الرجوع إلی صدق الإمکان و العذر بعد ان لم يوجدا عنوانا فی شـی ء من الأدله، و تظهر الثمره فی الضمان و عدمه مع التأخير الجائز له و غير الجائز.

و کيف کـان يجب الرد و لو کـان المودع کـافرا لإطلاـق الأدله، و خصوص خبر الصـيقل و غيره من النصوص المستفيضـه(۱)و المتواتره المأمور فيها برد الأمانه علی صاحبها، و إن کان قاتل علی أو الحسنين عليهم السلام أو أولاد الأنبياء أو مجوسيا أو شاميا أو حروريـا، المعمول بهـا بين الأصـحاب، عـدا مـا يحکی عن أبی الصـلاح من أنه إذا کـان المودع حربيا وجب علی الودعی أن يحمل ما أودعه إلی سلطان الإسلام، و رماه بعضهم بالشذوذ.

لکن ينبغی النظر فی مثل الفرض المزبور- بعـد معلوميه جواز تملک مال الحربی، و أنه فی ء للمسـلمين، و أنه کالأموال المباحه، و أن له التوصـل إليه بکل طريق من الربا و السرقه و غيرهما أنه لا يجوز للودعی تملکه فی هـذا الحال، فيکون ذلک خارجا من الرخصه فی تملکه، أو انه و إن جـاز له ذلـک إلاـ أنه يجب عليه رده له و إن ملکه، عملا بالـدليلين معا، إلا أنه لا يخفی صـعوبه الالتزام بکل منها بل قـد يتأمل فی دلاله أدله المقام علی مثل ذلک و انما هی مساقه لبيان وجوب رد الوديعه علی البر و الفاجر و المسـلم و الکافر الذی يمکن تنزيله علی محترم المال نحو النصوص فی المقام أيضا الداله علی احترام أموال المخالفين معلله بانا معهم فی دار هدنه الی ان يظهر صاحب الأمر عليه السلام فالمراد حينئذ وجوب رد الوديعه حينئذ علی کل محترم المال فی الدنيا للهدنه فيها و ان کان کافرا لا ان المراد وجوب ردها حتی علی غير

محترم المال من الکافر الحربی و نحوه مما جاز تملک ماله أو ممن کان للودعی عنـده مال غاصب له و أراد المقاصه من وديعته أو نحو ذلک مما تطابقت عليه الأدله علی جوازه، و لا أقل من التعارض فی الأدله من وجه، و لا ريب فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- و ۳ من أبواب أحکام الوديعه.

رجحان أدله المقاصه و أدله حليه مال الكافر الحربى مثلا، خصوصا بعد ظهور التعليل فى بعض أدله المقام «بانا معهم فى دار هدنه» فى محترمى المال و بعد إمكان حمل ما هنا على الكراهه من حيث الائتمان بخلاف تلك الأدله.

بل قد يشكل رد المال على الحربى بكونه محكوما بأنه فى ء للمسلمين، و ملك لهم، و لعله لذا سمعت الرجوع فيه إلى سلطان العدل من أبى الصلاح، و بالجمله قد ظهر لك من ذلك كله أنه إن لم يكن إجماع على وجوب الرد حتى على الحربى و حتى على من عليه حق المقاصه و غيرهم، أمكن المناقشه فيه بما عرفت. فتأمل جيدا و الله العالم.

نعم لا- إشكال فى وجوب الرد على من لم يكن كذلك إلا أن يكون المودع غاصبا لها ف انه لا يجب بل لا يجوز ردها عليه، لعدم الوديعه شرعا بل يمنع منها، و لو مات فطلبها وارثه وجب الإنكار مع توقف الحفظ.

و يجب إعادتها على المغصوب منه إن عرف، و إن جهل عرفت سنه، ثم جاز التصدق بها عن المالك، و يضمن المتصدق إن كره صاحبها ل

خبر حفص بن غياث (۱)المنجبر ضعفه بعمل الأكثر «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا، و اللص مسلم فهل يرد عليه قال: لا- يرده، فإن أمكنه أن يرده على صاحبه فعل، و إلا كان فى يده بمنزله اللقطه يصيبها فيعرفها حولا، فإن أصاب صاحبها ردها عليه، و إلا تصدق بها، و إن جاء بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم فان اختار الأجر فله و إن اختار الغرم غرم له، فكان الأجر له.»

خلافا للحلبى و الحلى- فأوجبا ردها إلى إمام المسلمين، و مع التعذر يبقى أمانه ثم يوصى بها إلى عدل إلى حين التمكن من المستحق، و عن الفاضل فى المختلف أنه قواه، لأنه أحوط، و لضعف الخبر الذى قد عرفت انجباره،- و للمفيد و الديلمى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب اللقطه الحديث- ۱.

فأوجبا إخراج الخمس قبل التصدق، و لم يذكرا التعريف، و للفاضل فى الإرشاد، و تبعه الشهيد الثانى فخير بين الصدقه بها- بعد الياس و التعريف- مع الضمان، و إبقائها أمانه، بل لعله ظاهر المصنف.

إلا أن الجميع كما ترى خصوصا بعد ما سمعت من الخبر المعمول به بين الأصحاب الموافق للمعلوم من حكم مجهول المالك الذى ما نحن فيه فرد منه، و لا ينافيه التعريف سنه الذى هو حكم اللقطه، لا مجهول المالك الذى حد التعريف به اليأس لا السنه، لإمكان حمل الخبر

المزبور على إراده حصول اليأس بذلك غالبا، أو على إراده بيان أن الفرض مثل اللقطه التى عرفت حولا فى أصل التصدق بها و الضمان بقرينه قوله «و إلا» المراد منه عدم إمكان رده على صاحبه، حتى بالتعريف لحصول اليأس منه.

و لعل ذلك على سبيل الوجوب، للأمر به، و كونه طريقا من طرق الإيصال اللهم إلا أن يكون المراد بالأمر الرخصه فى ذلك، لأنه فى مقام توهم الحظر، و لأن الأمر به على حسب الأمر به فى اللقطه، المخير فيها بينه و بين إبقائها أمانه. و لأن فى الوجوب ضررا عليه، باحتمال الغرم.

و لعله لذا كان خيره الفاضل و ثانى الشهيدين ما عرفت، و لعل الأولى من ذلك دفعه إلى إمام المسلمين أو نائبه الذى هو ولى من لا ولى له، ليسلم به من الضمان، و هو الذى لمحه الحلبى و الحلى، و لا مانع منه على إراده الجواز أما الوجوب فهو مناف لظاهر أمر من فى يده بالصدقه به.

ثم إن الضمان على تقديره هل هو بمعنى رده على صاحبه لو جاء و لم يجز أو بمعنى كونه كسائر الديون، فيجب الإيصاء به، و يجب على الورثه، وجهان: أو لهما أنسب بأصل البراءه، و ثانيهما أنسب بقاعده «على اليد» و «من أتلف» و «عدم إجازه الفضولى».

و على كل حال ف لو كان الغاصب مزجها بماله، ثم أودع الجميع فإن أمكن المستودع تمييز المالين، رد عليه ماله و منع الآخر بلا خلاف و لا إشكال،

و ان لم يمكن تمييزهما و لو بالقسمه الإجباريه وجب إعادتهما على الغاصب عند الأصحاب على ما نسبه إليهم غير واحد، بل عن الغنيه و السرائر الإجماع عليه، تقديما لاحترام المال المعلوم مالكه، على غيره الذى لا يمكن معرفته ليرد على صاحبه.

لكن فى المسالك و تبعه عليه غيره «إن الأوفق بالقواعد رده على الحاكم مع إمكانه، ليقسمه و يرد على الغاصب ماله، و مع تعذره يحتمل قويا جواز تولى الودعى القسمه إن كان مثليا، و قدر حق الغاصب معلوما، جمعا بين الحقين، و القسمه هنا إجباريه، للضروره، تنزيلا للودعى منزله المالك، حيث قد تعلق بضمانه، و للحسبه، و لو امتزج على وجه لا يعلم القدر أصلا ففيه إشكال، و يتوجه حينئذ ما أطلقه الأصحاب إن لم يمكن مدافعه الغاصب على وجه يمكن معه الاطلاع على الحق، و يحتمل عدم جواز الرد مطلقا مع إمكانه، إلى أن يعترف الغاصب بقدر معين، أو يقاسم لاستحاله ترجيح حقه على حق المغصوب منه، مع تعلق الودعى بالحقين».

قلت: لعل المتجه أولا قيام عدول المؤمنين مقام الحاكم مع تعذره و وكيله، فان تعذروا فالودعى أو غيره ممن يقوم مقامهم فى الحسب، كما أن المتجه الرجوع إلى الحاكم فى صوره عدم العلم بالقدر، بل لعلها أولى من الأولى التى يمكن دعوى خروجها عن موضوع كلام الأصحاب، المفروض فيه عدم إمكان التمييز حتى بالقسمه بعدم العلم بالقدر، و ربما يكون المتجه حينئذ ضمان الغاصب له بالمثل أو القيمه أو الرجوع إلى الصلح معه من الحاكم أو من يقوم مقامه مع تعذر المالك، و حينئذ يكون هو الوجه فى الأمر برد الجميع على المالك، مضافا إلى الإجماع المزبور.

[الأمر الثانی فی موجبات الضمان]

اشاره

الأمر الثانی: فی موجبات الضـمان و ینظمها قسمان: التفریط و التعدی بل قسم واحد، و هو التقصیر و إن حصرها بعضهم فی سته: الانتفاع بها، و الإیداع، و التقصـیر فی دفع المهلکات، و المخالفه فی کیفیه الحفظ، و التضییع بأن یلقیها فی مضیعه، و الجحود، و الأمر سـهل بعد معلومیه عدم ضمانها بدونهما إجماعا بقسمیه و نصوصا، و الضمان مع کل منهما کذلک، لصدق الخیانه المقابله للایتمـان المجعـول فی النصـوص سـببا أو عنوانـا لعـدم الضــمان، و لصـدق الإتلاـف و التضـییع فی الأـول منهمـا، و النصـوص المتقدمه(۱)فی باب الرهن و المضاربه المشـتمله علی الضـمان بالتعـدی و الاسـتهلاک، بعـد معلومیه اشتراک الجمیع فی الحکم المزبور، باعتبار کونها أمانه.

و مـا فی بعض النصوص (۲)من عدم ضـمان الثوب المرهون إذا تلف بترک نشـره، معرض عنه، و إن أفتی به بعضـهم، لکنه شاذ مع إمکان حمله علی ما إذا لم یکن تفریطا، أو بنهی المالک عنه، أو غیر ذلک مما لا بد منه، للجمع بین النصوص

التی لا خلاف معتد به فی الفتوی بها بالنسبه إلی ضمان کل أمانه بهما.

مضافا إلی

مکاتبه محمد بن الحسن (۳)أبا محمـد علیه السـلام «رجل دفع إلی رجل ودیعه فوضـعها فی منزل جاره، فضاعت هل یجب علیه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملکه فوقع علیه السلام هو ضامن لها إنشاء الله».

و کیف کان فقد فرق بینهما فی المسالک بأن التعدی فعل ما لا یجوز فعله کلبس الثوب و نحوه و

[القسم الأول فی التفریط]

أما التفریط فأمر عدمی، و هو ترک ما یجب فعله من الحفظ

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحکام الرهن و الباب- ۱- من أبواب أحکام المضاربه.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحکام الرهن الحدیث- ۱.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحکام الودیعه الحدیث ۱.

و نحوه، قلت: قد عبر عنه فی نصوص الرهن بالاستهلاک و التضییع و نحو ذلک مما هو أمر وجودی أیضا، و إن تقوم بعض أفراده بالعدم، فلا یکفی حینئذ فی إثباته بالأصل کما أشرنا إلیه سابقا و لذا جعل المصنف و غیره من أمثلته أن یطرحها فیما لیس بحرز و یذهب عنها، و لم یبق مراعیا لها بعینه التی هی حرز أیضا، و لا ریب فی أنه وجودی.

نعم قوله أو یترک سقی الدابه أو علفها، أو یترک نشر الثوب مثلا الذی یفتقر إلی النشر

قد یتوهم منه ذلک، لکن المراد استهلاکه و تضییعه بترک ذلک، لا أن مجرد عدم ذلک و لو لإکراه و نحوه تفریط منه، فیکون حینئذ وجودیا، و لعل الأمر فی ذلک کله سهل بعد الاتفاق علی عدم قبول دعوی المودع علیه بذلک من دون بینه، و لو لأنه أمین یصدق فی دعوی عدم التفریط، أو لأن قوله موافق لأصاله البراءه من الضمان الذی هو غیر محتاج إلی واسطه، بخلاف عدم نشر الثوب الذی هو واسطه فی إثبات الضمان.

و کیف کان فهو سبب من أسباب الضمان بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، فلا تفاوت حینئذ بین التلف به أو بغیره کید العدوان التی هی سبب فیه و إن تلف بآفه سماویه، و لیس ذلک لانفساخ الودیعه، بل هی باقیه، للأصل، و عدم المنافاه بذلک فی الأثناء لها، نحو ما سمعته فی مال المضاربه الذی قد تعدی فیه العامل، فإنه یقتضی الضمان و إن بقی العامل علی مضاربته، و تسبیبه الضمان علی هذا الوجه، إما للإجماع، أو للخیانه، أو للمکاتبه المزبوره أو لنصوص الرهن و المضاربه المشتمله علی الضمان به و بالتعدی، من غیر تقیید بالتلف فی خصوص ما صدر منه من التفریط و التعدی، و اختصاص المورد فی بعض النصوص لا یقتضی تخصیص الوارد، إنما الکلام فی اقتضاء ذلک الضمان منه، حتی لو کان الجهل باحتیاج الودیعه لذلک أو نسیان أو اکراه أو نحو ذلک مما یکون الودعی معذورا فیه شرعا، وجهان و فی القواعد «و لو ضیع بالنسیان فالأقرب الضمان» کما عن التحریر و الإیضاح

و جامع المقاصد، و هو متجه لو ثبت تسبيبه على وجه يشـمل الغافل و الناسى و نحوهما ممن هو غير مكلف، و بذلك يفرق بين الإتلاف و بينه، بناء على ثبوت من أتلف أو نحوه مما يشمل هؤلاء أجمع.

و دعوى اقتضاء إطلاق (۱)

«على اليد»

ذلك، إنما خرج الوديع الذى لم يقع منه ذلك و لو نسيانا.

يـدفعها أنه ليس بأولى من القول بأن إطلاق ما دل على عـدم ضـمان الأمين يقتضـى العموم، و أقصـى ما خرج منه العامـد الآثم، دون غيره، و لعل هذا أولى، و لا أقل من الشك، و الأصل البراءه.

لكن الإنصاف إمكان ما يقضـى بتسبيب مباشـره الإتلاف و نحوه، مما يصح النسـبه معه حتى مع الغفله و النسـيان، و لعل هذا هو المدار فى التفريط و التعدى فما كان من أفرادهما كذلك ضمن حتى مع النسيان، و إلا فلا و الله العالم.

و كيف كان فلا إشـكال فى الضـمان فى الجمله بما سـمعت من أمثله التفريط أو يودعها من غير ضـروره و لا إذن فإنه كـذلك، للخبر السابق (۲)و للتعدى فيها، من غير فرق بين الزوجه و العبد، و الخادم و نحوهم، مع فرض

عـدم قرائن حـاليه أو مقـاليه تقتضـى الإـذن بـذلك و لا بين الثقه و غيره، و لا بين أن يجعل ذلك الغير مسـتقلا بها و شـريكا فى الحفظ، بحيث يغيب عن نظره.

و فى المسالـك «هو موضع وفاق، و لأنه تصـرف فى مال الغير بغير إذنه لأن المالك لم يرض بيـد غيره و أمانته- بل قال-: و فى حكم مشـاركه غيره فى الوديعه وضـعها فى محـل مشترك فى التصـرف، بحيث لاـ يلاحظها فى سائر الأوقات، سواء كان خارجا عن داره أم غير خارج، نعم لو كان عنـد مفارقته لضـروراته يسـتحفظ من يثق به، و يلاحظ المحرز فى عوراته، رجح فى التذكره اغتفاره لقضاء العاده به، و لأنه إيداع عند الحاجه».

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب اللقطه الحديث ۱.

قلت: لعله كذلك فيه و فى كل ما جرت العاده به فى الودائع التى يمكن دعوى بناء العقد على ذلك، و على فهمها من الإطلاق، و الأمر سهل.

إنما الكلام فى الضروره التى ذكرها المصنف قال فى المسالك: «لو حصل ضروره الإيداع بأن خاف عليها من سرق أو حرق أو نهب أو أراد سفرا و تعذر ردها إلى المالك أو وكيله، دفعها إلى الحاكم، و لا يسمى ذلك إيداعا، فان تعذر أودعها العدل، و هذا هو الخارج بالقيد، فلا يجوز إيداعها للضروره ابتداء، بل على الوجه الذى فصلناه، و سيأتى فى كلامه التنبيه عليه» إلى غير ذلك من كلامهم الظاهر فى جعل الضروره عنوانا لجواز الإيداع لكن ليس فى شى ء من النصوص ذلك كى يرجع فى مصداقها إلى العرف، و أن السفر للدنيا أو للآخره أو للنزاهه و نحوها منها أولا.

ثم إنه مع تعذر الحاكم ينبغى الرجوع الى عدول المؤمنين القائمين مقامه فى الحسب ليكون علم الرد للمالك لا إيداعا للضروره كما سمعته من المسالك، و احتمال إرادته ذلك من إيداع العدل يدفعه قوله: إن هذا هو الخارج بالقيد إلى آخره، على أنه مع تسليمه قد يناقش بعدم كونه إبداعا عرفا أيضا مع فرض عدم إذن المالك له، و رخصه الشارع له فيه لا تصيره وديعه عرفا، و دعوى حصول الإذن من المالك له فى هذا الحال واضحه المنع، فليس حينئذ إلا القول بأنه مخاطب بحفظها من جهتين، إحداهما من حيث كونه وديعه، و الأخرى من حيث أنها مال محترم، فمع فرض الضروره يتعين عليه ملاحظه الجهه الثانيه، فيودعها لذلك، و ليس هذا وديعه اصطلاحا، إذ هى استنابه من المالك فى الحفظ، و إنما هو وضع منه لحفظها، فى يد غيره لأن له ولايه عليها بالنسبه إلى حفظها و إن لم يكن له ولايه على مالكها.

فاستثناء الضروره حينئذ من عدم جواز الإيداع بهذا المعنى، لا أن المراد جواز الإيداع من حيث كونه وديعه، لكن حال الضروره على معنى صيروره الإيداع حالها من أفراد الحفظ الذى قد استفيد الإذن فيها من عقد الوديعه، فتأمل جيدا فإنه يترتب على ذلك ثمرات.

و به يظهر الفرق بين حالى الضروره، و الإذن الذى مرجعه إلى الرخصه من المالک فى حفظ الوديعه بهذا الفرد الذى لم يفهم من الإطلاق، و هل يكون الوديع الثانى حينئذ وديعا للمالک فلا ينفسخ بموت الوديع الأول مثلا أو أنه وديع له لا المالک.

ثم إنه هل يحكم بالضمان مثلا بمجرد الإيداع، حتى يعلم الضروره أو الاذن، أو يحكم بالبراءه حتى يعلم عدم الضروره و الإذن، وجهان: و فى تصديق الأمين فى دعوى الضروره و الأذن وجه، و إن كان يقوى خلافه فى الأخير، كما أنه قد يقوى الحكم بالضمان بمجرد الإيداع مثلا أو السفر بها مع عدم ثبوت الضروره و الإذن و لو بدعواه ذلک، بناء على تصديقه لموت و نحوه فتأمل.

و على كل حال فقد ظهر لک أن من التفريط أو التعدى أن يودعها على الوجه المزبور.

أو يسافر بها كذلک بلا ضروره و لا إذن مع خوف الطريق و أمنه بلا خلاف أجده فيه، لعدم تناول إطلاق العقد السفر الذى هو نوع تغرير بها إلا مع القرينه، كما لو أودعه فى حال السفر أو نحو ذلک، و البحث فى الضروره و الإذن على نحو ما سمعته فى الإيداع، حتى بالنسبه إلى الرد على المالک أو وكيله أو الحاكم، بل فى التذكره «لو سافر بها مع القدره على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الأمين ضمن عند علمائنا أجمع، سواء كان السفر مخوفا أو غير مخوف» بعد أن صرح بعدم لزوم المقام عليه، لحفظ الوديعه، لأنه متبرع بإمساكها، و إنما يلزمه حينئذ الرد إلى المالک أو الوكيل أو الحاكم أو الأمين كما أنه فى محكى المبسوط نفى الخلاف عن عدم الضمان بالرد إلى الحاكم أو العدل، إذا أراد السفر، قال: «لأن السفر مباح، فلو قلنا: ليس له ردها لمنعناه من المباح الذى هو السفر».

نعم فى المسالک هنا «فان تعذر أودعها العدل، فان فقد فلا يخلو إما أن يخاف عليها مع إبقائها فى البلد أو لا فان خاف جاز السفر بها كما سيأتى، و هو الموافق لمفهوم العباره هنا، و إن لم يخف عليها فمفهوم قوله كذلک أى كالسابق، و هو عدم

الضروره و الإذن أنه لا يجوز السفر بها حينئذ، و هو كذلك، لأن الإذن مع الإطلاق إنما يتناول الحفظ فى الحضر عملا بالعاده، و لان السفر لا يخلو من خطر فى الجمله، و للخبر إلى آخره» و الخبر هو

قوله عليه السلام (۱)«إن المسافر و ماله لعلى تلف إلا ما وقى الله»

لكن هل يجب عليه الإقامه حينئذ مع عدم كون السفر ضروريا له، أو يجوز له السفر بها ضامنا لها و المحكى عن التذكره بل و التحرير التخيير بين الأمرين الإقامه، أو السفر بها ضامنا لها.

قلت: قد يقال: إن المتجه الأول للمقدمه، و إليه يرجع ما فى المسالك حيث أنه بعد أن حكى عن التذكره ما سمعت، قال: «و الأجود

المنع» لكن الإنصاف أنه ينبغى التقييد بما إذا لم يتمكن من حفظها فى محلها و إن سافر عنها، على وجه لا يعد كونه مفرطا فيها و مضيعا لها، و إلا جاز له السفر مع ذلك، بل قد يقال: بأن له مصاحبتها فى سفره حافظا لها مع فرض عدم إمكان حفظها مع السفر عنها، و لا تجب الإقامه معها، و لا ضمان عليه إذا لسفر أن لم يكن ضروريا له، حال ضروره تجوز له مصاحبتها، كما جوزت له إيداعها من الثقه الذى قد عرفت عدم جوازه إلا مع الإذن أو الضروره التى منها اراده السفر و ان لم يكن ضروريا، فتأمل.

و من ذلك يعلم أنه لو فرض كون السفر ضروريا له أو ضروريا لها سافر بها حينئذ، و لا ضمان عليه قال فى التذكره: «لو اضطر الى السفر بالوديعه بأن يضطر الى السفر و ليس فى البلد حاكم و لا ثقه، و لم يجد المالك و لا وكيله، أو اتفق جلاء لأهل البلد، أو وقع حريق أو غاره أو نهب، و لم يجد المالك و لا وكيله و لا الحاكم و لا العدل، سافر بها و لا ضمان إجماعا، لأن حفظها حينئذ فى السفر بها، و الحفظ واجب، فإذا لا يتم الا بالسفر بها كان السفر واجبا، و لا نعلم فيه خلافا».

و فى محكى المبسوط إذا كان البلد مخوفا بفزع من النهب و الحريق فله أن يسافر بها، و لا ضمان عليه بلا خلاف.

۱- ۱ أورده العجلونى فى كشف الخفاء بالرقم ۲۱۰۴ و فيه« على قلت» و القلت الهلاك.

و لعل المحصل من كلامهم مسائل، منها: ان له السـفر و ان لم يكن ضـروريا له، و لا يحرم عليه السـفر من جهتها كما سمعته من المبسوط و التـذكره، إلا أنه يجب عليه الرد المزبور، و قد يناقش فيه أن لم يكن إجماعا بأنه مخالف للسـيره المسـتمره فى جميع الأعصار و الأمصار على السفر من الوديعين بدون ذلك، و الإكتفاء ببقائها فى حرزها اللائق بها فى داره التى بيد زوجته و أولاده و عياله، و ليس ذلك ايـداعا لها عنـدهم، بل هو نحو اللبث أياما عديده لما دون المسافه للاعتكاف و غيره، و الوديعه فى حرزها بيد الناظر لها و لداره من عياله و غيرهم، و مع التسليم يتجه وجوب القيام عليه مقدمه للحفظ الواجب عليه.

و احتمـال أن له فسـخها فى كـل وقت، باعتبار كونها عقـدا جائزا فيردها حينئـذ إلى المالك أو وكيله أو الحاكم، أو يودعها إلى الأمين.

يـدفعه ما تسـمعه من المصـنف و غيره من عدم جواز دفعها الى الحاكم مع عدم العذر، و أنه يضـمن بذلك، و ما تقدم سابقا من عدم جواز إيداعها إلى الثقه إلا لضروره، و الفرض عدمها مع عدم كون السفر ضروريا له.

و منها وجوب السـفر بها مع الخوف عليها مقـدمه للحفظ الواجب عليه، و قـد يناقش بعـدم ثبوته على الإطلاق، كى يكون ذلك واجبا عليه للمقدمه، و لعله لذا جزم فخر الإسـلام فيما حكى عنه بعدمه، قال «لا يجب السـفر عليه لأجلها و إن خاف تلفها بدونه، بـل إن اختـار السـفر وجب عليه استصـحابها فلاـ يكون السـفر واجبا، و إنما يجب مصاحبتها لو اختاره» بل لعله ظاهر كل من عبر بجواز السـفر، كالمصـنف فيما يأتى و غيره، و دعوى إراده الأعم من الوجوب ممنوعه فتأمل جيدا و ربما يأتى لذلك تتمه إنشاء الله.

و منها التخيير بين السفر بها ضامنا لها أو لا و الإقامه مع تعذر النفقه و قد عرفت الحال فيه.

و من التفريط أو التعـدى أيضا طرح الأقمشه أو الكتب و نحوهما فى المواضع التى تعفنها أو تفسدها مده تكون به كذلك عاده، بل فى المسالك «يمكن

اعتبـار كونه ضـررا لهـا مطلقـا، فلا يجوز وضع الثوب فى موضع يعفنه و إن عزم على نقله قبل الفساد، نظرا إلى أنه ليس بحرز له عاده» و إن كان هو كما ترى، ضروره ملاحظه طول المكث و قصره فى الحرز عاده كما هو واضح.

و كذا يضـمن لو ترك سـقى الدابه و علفها مده لا تصبر عليها مثلها فى العاده فماتت به لتحقق التفريط، بخلاف موتها قبل ذلك فإنه لم يتحقق التفريط، و الأصل البراءه من الضمان.

نعم لو اتفق بقاؤها و عدم فوتها بذلك كانت داخله فى ضمانه، كما أنه لو نقصت بالترك المزبور ضمن النقص.

قال فى التذكره لو امتنع المسـتودع من ذلك، و عن السقى و العلف حتى مضت مده تموت مثل تلك الدابه فى مثل تلك المده نظر، إن مـاتت ضـمنها، و إن لـم تمت دخلت فى ضـمانه، و ان نقصت ضـمن النقصـان، فـان مـاتت قبـل مضـى تلـك المـده لم يضـمنها» و مرجعه إلى مـا ذكرنـاه من عـدم تحقق التفريط قبل مضـيها كما أن مرجع ما ذكره المصـنف إلى ذلك، لا إلى إراده اختصـاص الضـمان بـالموت به، كى يكون منافيا للمعلوم المقطوع به عنـدنا، من ضـمان ما تحقق به التفريط إن تلفت بأى سـبب يكون.

و بذلك يعرف ما فى المسالك، فإنه بعد أن ذكر ذلك قال: «فتعليق المصنف الحكم على موتها بسبب ترك ذلك مده لا تصبر عليه عاده، إن أريد به هذا المعنى، فلا إشـكال من هذه الحيثيه، لكن يشـكل اختصاص حكم الضمان بموتها، مع أنها قد صارت مضـمونه بالتفريـط، و من شأن المضـمون أن لا يفترق الحال بين تلفه و نقصه بـذلك السـبب و غيره و سـيأتى له نظائر كثيره فى كلامه، و إن أراد به معنى آخر أخص مما ذكرناه كما هو الظاهر، أشـكل الحكم مما سـبق، و من توقف الضمان على ترك هذه المده، مع أن الواجب القيام بالمعتاد منه و بتركه يتحقق التفريط.

إذ لا يخفى عليك ما فيه بعـد الإحاطه بما ذكرناه، من أن مراد المصـنف العلم بتحقق التفريط بـذلك، إذ ترك المعتاد مع فرض عدم التعريض به لتلف مثل هذه الدابه لا يعد تفريطا قطعا، و إن قلنا بوجوبه عليه للعاده، ثم قال: «و فى عباره

العلامه ما هو أبلغ مما هنا، فإنه قال فی التذکره و حکی ما حکیناه ثم قال: هذه عبارته، و قد علق الضمان فیها کما تری علی ترک ذلک مده یموت فیها عاده، لا تأخیره زیاده علی المعتاد، و لا زیاده علی ما تصبر علیه عاده، مع أنک قد عرفت معنی عباره المصنف، و أن مرجعها إلی ما ذکرناه من عدم تحقق التفریط بدونه، و عدم الضمان بالموت قبله.

[القسم الثانی فی التعدی]

القسم الثانی فی التعدی الذی قد عرفت تسببیه الضمان و هو مثل أن یلبس الثوب مثلا للانتفاع به أو بلا قصد لا أن یلبسه لحفظه أو یرکب الدابه کذلک أو یخرجها من حرزها لینتفع بها نعم لو نوی الانتفاع لم یضمن بمجرد النیه للأصل و عدم صدق الخیانه بالعزم علی الانتفاع بها فیما یأتی من الزمان، و لکن لم یفعل، و لم یغیر نیته فی قبضه عن المالک.

أما لو نوی الغصب فی استدامه القبض صار ضامنا و غاصبا لکونه کما لو قبضها من أول الأمر علی وجه الخیانه، لا الأمانه علی ما اعترف به فی المسالک، إلا أنه قال بعد ذلک: و فی تأثیر النیه فی استدامه الأخذ کما یؤثر فی ابتدائه وجهان: من ثبوت الید فی الموضعین مقترنا بالنیه الموجب للضمان، و من أنه لم یحدث فعلا مع قصد الخیانه، و الشک فی تأثیر مجرد القصد فی الضمان، و تردد فی التذکره، و یتحقق ذلک فی صور منها: أن ینوی الأخذ و لم یأخذ أو الاستعمال و لم یستعمل أو أن لا یرد الودیعه بعد طلب المالک و لم یتلفظ بالجحود، و غیر ذلک فقد جزم المصنف فیما سبق بأنه لو نوی الانتفاع لم یضمن بمجرد النیه».

قلت: لا یخفی علیک انفساخ الودیعه بتجدید النیه فی استدامه القبض أنه له لا للمالک، فان قبول الودیعه کایجابها محتاج إلی استدامه النیه السابقه، و لذلک قال الفاضل فی القواعد فی کتاب الغصب: «ان المودع إذا جحد أو عزم علی المنع فهو

من وقت الجحود و العزم غاصب» و وافقه عليه غيره، مع أنك ستسمع فى الضمان بالجحود ما يؤكد ذلك.

كما أنه مما ذكرنا ظهر لك الفرق بين نيه الانتفاع بمعنى العزم عليها فيما يأتى من غير تغيير فى استدامه القبض عن المالك، و بينها مع التغيير المزبور، و به يجمع بين كلام الفاضل فى الغصب الذى سمعته، و كلامه هنا، و هو «لو نوى الأخذ للانتفاع و لم يأخذ به لم يضمن، بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النيه، لأن سبب أمانته مجرد النيه، و كذا أى يضمن لو جدد الإمساك لنفسه، أو نوى بالأخذ من المالك الانتفاع».

و لعله أولى مما ذكره الشهيد فى المحكى عن حواشيه من الجمع بينهما إن لم يرد ما قلناه، فلاحظ و تأمل فيه، بل و فى ما ذكره الفاضل من الفرق بين اللقطه و الوديعه، و الأمر سهل بعد معرفه التحقيق فى أصل المسأله.

و على كل حال ف لو طلبت منه فامتنع من الرد فى أول أوقات الإمكان الذى هو بمعنى التمكين منها مع القدره عقلا و شرعا و عرفا على الوجه الذى تقدم سابقا ضمن لانقطاع الإذن بالاستنابه فى حفظها، و تغيير يد الايتمان حينئذ بيد العدوان كما عرفته فيما مضى مفصلا.

و كذا يضمنها لو جحدها بعد طلبه منها ثم قامت عليه بينه أو اعترف بها لما عرفت من انقطاع الإذن ببقائها بالطلب، فهى حينئذ فى يده مضمونه عليه، مضافا إلى خيانته بجحوده، و لو جحدها ابتداء أو عند سؤال غيره ففى المسالك «لم يضمن لأن الوديعه مبنيه على الإخفاء فإنكاره لها بغير طلب يوجب الرد أقرب إلى الحفظ و هو كذلك مع العلم بأن جحوده لها لذلك.

أما إذا علم كونه لإراده غصبها فالمتجه الضمان، لانقطاع قبولها وديعه حينئذ بل قد يقال بذلك بجحوده الذى لا يعلم حاله، أخذا بظاهره، إلا أن أصاله البراءه و استصحاب الامانه و غيرهما يقتضى العدم، و لعله الأقوى.

و لو لم يطلبها المالك، لكن سأله عنها أو قال: لى عندك وديعه، فأنكر، ففى

الضمان قولان:

أحدهما: العدم كما عن التذكره، لأنه لم يمسكها لنفسه، و لم يقر يده عليها بغير رضا المالك، حيث لم يطلبها و مجرد السؤال لا يبطل الوديعه، و لا يرفع الأمانه بخلاف الطلب.

و الثانی ثبوته لأن جحوده يقتضی كون يده ليست عن المالك، لأن نفی الملزوم يقتضی نفی لازمه من حيث هو لازمه، فلا يكون أمينا عنه، فيضمن كما عن الفخر و الكركی، و قد عرفت فيما مضی قوته، و أنه لذلك يكون غاصبا، و لو أظهر بجحوده عذرا بنسيان و نحوه لم يضمن إن صدقه المالك، و إلا ضمن عملا بظاهر الحال، و أصاله عدم النسيان، و ستسمع فی المسأله السابعه فی اللواحق ما يؤكد ذلك.

نعم لو كان الجحود لمصلحه الوديعه بأن يقصد به دفع ظالم أو متغلب و نحو ذلك لم يضمن، ضروره بقاء يده على الأمانه. و زياده الإحسان فی الفرض و الله العالم.

و يضمن لو خلطها بماله بحيث لا يتميز بلا خلاف أجده، للتعدی بالتصرف الذی لا إذن فيه، سواء كان بأجود أو مساو أو أردی، بل لو خلطها بمال للمودع كذلك ضمن أيضا، سواء كان وديعه أيضا عنده أو أمانه أو غصبا، و منه يعلم أن سبب الضمان العدوان، لا الشركه.

نعم فی المسالك و غيرها عدم الضمان مع تمييز المالين إن لم يستلزم المزج تصرفا آخر غير المزج منهيا عنه (۱)، كما لو كان المال فی كيس مختوم و نحو ذلك، فالضمان المنفی على تقدير الامتياز من حيث المزج، و إن أوجبنا الضمان من حيثيه أخرى و لعله كذلك، للأصل، ان لم نقل بتحقيق العدوان فی نفس الخلط و المزج، باعتبار كونه تصرفا فی الوديعه غير ما هو نائب فيه، و لا من مقدماته، و إلا ففيه إشكال.

و كذا يضمن لو أودعه مالا فی كيس مختوم أو فی صندوق مقفل أو مدفونا ففتح ختمه و قفله و نبشه و إن لم يكن بقصد أخذ شی ء منه، و كذا ما أشبه الختم فی الدلاله على قصد المالك الإخفاء كالخياطه و نحوها.

۱- ۱ هكذا فی النسخ و الظاهر« غير المزج المنهی عنه».

نعم فى المسالک و محکى التـذکره عدم الضـمان فى حل ما يقصد به المنع من الانتشار و إن کان للأخذ و لم يأخذ، مع إمکان المناقشه فيه، بأنهما معا تصرف غير مأذون فيه، فهو تعـد عما هو نائب فيه، فيضـمن أيضا کما اعترف به فى جامع المقاصد اللهم إلا أن يقال بکون العـدوان الـذى يتبعه الضـمان خصوص ما يصدق عليه الخيانه عرفا من التصـرف، لا مطلقا و إن أثم به، باعتبار عدم الإذن فيه.

و لعله لـذا جزم الأـردبيلى فيما حکى عنه «بأنه لا ضـمان فى شـى ء من ذلک، حتى فى فتـح الختم، للأصل، و عـدم التصـرف و التقصـير فى الحفظ، و لم يثبت کون هتک الحرز موجبا للضـمان، و لا بد له من دليل»، و هو جيد إن لم يکن دليله الإجماع على الضـمان بالتعـدى الـذى هو التجاوز عما يقتضـيه إطلاق عقـد الوديعه، و إن لم يصدق به الخيانه أو أنها تتحقق به، مضافا إلى ما يمکن دعوى استفادته من نصوص الرهن و المضاربه من الضمان بالتعدى مطلقا، هذا کله فى الختم من المالک.

أما إذا کان من الوديع ففتحه لم يضـمن على ما صـرح به غير واحـد، إلا إذا کان بأمر المالک بعـد الاستيـداع أو قبله، فإنه کختم المالک، و من ذلک يعلم الحال فيما قيل: من أن المراد بالضـمان فى المتن و غيره ضمان المظروف، کما صرح به جماعه، و أما الظرف ففى ضـمانه وجهـان، و اسـتقرب فى التـذکره العـدم، لاـنه لم يقصـد الخيـانه فى الظرف، مـع انه حکى عنهـا التوقف فى الضـمان بعـد الـدراهم الغير المختومه أو وزنهـا أو ذرع الثوب من انه تصـرف فى الوديعه، و من أنه لم يقصـد الخيـانه و رد بـأن المعتبر فى الضمان التعدى بالتصرف فى الوديعه بما لا يقتضيه إطلاق عقدها، لا قصد الخيانه، و لا يخفى عليک بعد الإحاطه بما ذکرنا وجه الکلام فى المسأله.

و منه يعلم مـا عن المبسوط و التـذکره و التحرير، و فى المسالـک من أنه «لو خرق الکيس، فـان کـان الخرق تحت موضع الختم فهو کفض الختم، و إن کان فوقه لم يضمن إلا نقصان الخرق».

و کـذا يعلم منه الحـال أيضـا فيما لو أودعه کيسـين فمزجهما بآخر حتى مع اتحاد المالک، بل فى المسالک «يمکن إراده تعميم الحکم بالضمان بمطلق المزج،

لاستلزامه التصرف فی المالین بغیر اذن المالک، حیث اقتضی إخراج أحدهما من کیسه و صبه علی الآخر، و الظاهر أنه یضمن المخرج مطلقا، و أما الأخیر فإن کان مختوما ضمنه، و إلا فلا مع بقاء التمییز لأنه لم یحدث فیه تصرفا ممنوعا منه مع احتمال الضمان و هو قول لبعض الأصحاب.

قلت: قد عرفت الوجه فی جمیع ذلک، و ربما کان فی کلامه هنا منافاه لما ذکره سابقا فی الخلط، هذا کله إذا کان الکیسان للمودع أما إذا کانا للودیع فلا ضمان مع بقاء التمییز، لان له نقل الودیعه من محل إلی غیره، و له تفریغ ملکه، و لا یتعین علیه الحفظ فیما وضع فیه أولا.

و لو أتلف بعض الودیعه المتصل ضمن الباقی، کما لو قطع ید العبد و بعض الثوب و لو کان منفصلا أو الإتلاف خطأ ففی القواعد «ضمنه خاصه کما لو أخرج بعض الدراهم و قد یشکل مع صدق الاتحاد عرفا بتحقق الخیانه، بل قد یدعی أن المدار فی الاتحاد إیداع الجمیع بعقد واحد، إلا أنه لا یخلو من بحث و الله العالم.

و کذا یضمن الأمین علی الدابه مثلا لو أمره بإجارتها لحمل أخف، فآخرها لأثقل أو لأسهل فآجرها لأشق کالقطن و الحدید بلا خلاف و لا إشکال، لصدق التعدی و الخیانه، بل فی المسالک «احتمال تحققه بمجرد العقد لتسلیطه علی الانتفاع العدوانی فیخرج عن کونه أمینا کما یضمن بجحوده بل بمجرد نیته علی قول مع عدم فعل ما یوجب الضمان» و إن کان لا یخفی علیک ما فیه بعد الإحاطه بما ذکرناه سابقا.

کما أنه لا یخفی علیک ما ذکره أیضا فیها من أن المضمون علی تقدیر المخالفه هو الجمیع علی التقدیرین، لتحقق العدوان فی ذلک الانتفاع، مع احتمال التقسیط خصوصا فی حمل الأثقل، لأن القدر المأذون فیه لیس بمضمون، و إنما التعدی بالزائد فیقسط الزائد علیهما، و علی هذا فیعتبر فی الآخر ما یساوی المأذون من الضرر، مع احتمال ضمان الجمیع هنا و إن قلنا به ثم، لان مجموع الحمل مغایر للمأذون،

بخلاف الأثقل إذا كان الثقل مستندا إلى زياده المقدار مع اتحاد الجنس، كما لو أذن له فى حمل قفيز فآجرها لقفيزين، ضروره كون مراد المصنف ضمان نفس العين التى لا ينبغى التوقف فى ضمانها أجمع بالتعدى المزبور، و أما المنفعه فللبحث فيها مقام آخر و الله العالم.

و لو جعلها المالك فى حرز مقفل، ثم أودعها ففتح المودع الحرز و أخذ بعضها ضمن الجميع لصدق التعدى و الخيانه بذلك، بل قد عرفت تحققهما بالفتح و إن لم يكن للأخذ، بل ربما قيل بذلك بنيه الأخذ و لو لم تكن مودعه فى حرز، أو كانت مودعه فى حرز للمودع بفتح الدال فأخذ بعضها ضمن ما أخذ خاصه بأخذه و إن لم يصرفه، لصدق التعدى و الخيانه فيه دون غيره، و الفتح إنما هو فى ملكه، و لا أقل من الشك، و الأصل بمعانيه عدم الضمان.

لكن قد تقدم ما يعلم منه البحث فى ذلك، كما أنه قد تقدم ما يعلم منه حكم الشد بأمر المالك بعد الاستيداع و قبله و حكم نيه الأخذ من الوديعه فى الأثناء و الابتداء.

لكن فى المسالك هنا «أنه لو نوى التصرف فى الوديعه عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونه عليه مطلقا، لأنه لم يقبضها على وجه الأمانه، بل على سبيل الخيانه، و فى تأثير النيه فى استدامه الأخذ كما تؤثر فى ابتدائه وجهان: من ثبوت اليد فى الموضعين مقرونا بالنيه الموجب للضمان، و من أنه لم يحدث فعلا مع قصد الخيانه، و الشك فى تأثير مجرد القصد فى الضمان، و تردد فى التذكره، و يتحقق ذلك فى صور، منها: أن ينوى الأخذ و لم يأخذ أو الاستعمال و لم يستعمل، أو أن لا يرد الوديعه إذا طلب المالك، و لم يتلفظ بالجحود و غير ذلك، و قد جزم المصنف فيما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النيه».

قلت: لكن قد عرفت الفرق بين العزم على الانتفاع مع بقاء القبض عن المالك و بينه مع نيه كون القبض له، ضروره تحقق الغصب فى الثانى كما اعترف به فى القواعد

و جامع المقاصد و غيرهما، بخلاف الأول.

و على كل حال لو أعاد بدله لم يبرأ إلا مع إجازه المالك. لعدم صيرورته بدلا بدون قبض المالك، و حينئذ ف لو أعاده و مزجه بالباقى ضمن ما أخذه خاصه مع التمييز، بل الجميع فى وجه تقدم سابقا.

و أما لو أعاد بدله و مزجه ببقيه الوديعه مزجا لا يتميز ضمن الجميع قطعا لما سمعته من تحقق التعدى بذلك، و لو أعاد عين المأخوذ لم يزل الضمان عنه، كما لم يزل بالرجوع عن كل تفريط و تعد و لا يتعدى إلى الباقى و إن مزجه بحيث لا يتميز، لأن الجميع مال المالك، غايته أن بعضه مضمون، و بعضه غير مضمون و لأن هذا الاختلاط كان حاصلا قبل الأخذ، و على هذا لو كان الجميع عشره دراهم و أخذ منها درهما ثم رده إليها و تلف بغير تفريط لم يلزمه إلا درهم، و لو تلف منها خمسه لزمه نصف درهم، و هكذا.

قلت: قد يتوقف فى تنقيح قاعده تقتضى ذلک، اللهم إلا أن تكون هى قاعده الاشتراک فى الملک بالمزج القهرى، و فى العين بقيام الاحتمال منهما مع عدم الترجيح و إلا فقاعده «على اليد» تقتضى ضمان المأخوذ حتى يعلم أداؤه إلى مالكه، فيلزمه حينئذ ضمان الدرهم مع تلف الخمسه أيضا، لعدم العلم بالأداء مع دفع الباقى إلى المالک هذا.

و الظاهر أنه لا فرق فى جميع ما ذكرنا بين الأخذ بقصد العدوان، و بينه بقصد القرض، بعد فرض عدم جوازه له، لعدم الإذن و لو فحوى، لكن

فى خبر الخثعمى (۱)عن الصادق عليه السلام «قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعه يأخذ منه بغير إذن صاحبه فقال: لا يأخذ إلا أن يكون له إذن، قال: قلت: أ رأيت إن وجد من يضمنه، و لم يكن له وفاء و أشهد على نفسه الذى يضمنه يأخذ منه؟ قال: نعم».

و فى خبر على بن جعفر(۲)عن أخيه موسى عليه السلام المروى عن قرب الإسناد و

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحكام الوديعه الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحكام الوديعه الحديث- ۲.

مستطرفات السرائر «سألته عن رجل كانت عنده وديعه لرجل فاحتاج إليها هل يصلح له أن يأخذ منها، و هو مجمع أن يردها بغير إذن صاحبها؟ قال: إذا كان عنده وفاء فلا بأس أن يأخذه و يرده».

إلا أنه لم أجد عاملا بشى ء منهما، لمنافاتهما أصول المذهب، ضروره عدم اقتضاء عقد الوديعه الوكاله فى القرض و الاستيفاء، فلا محيص عن طرحهما أو حملهما على الفحوى أو نحو ذلك و الله العالم.

[الأمر الثالث فى اللواحق و فيه مسائل]

اشاره

الأمر الثالث:

فى اللواحق: و فيه مسائل.

[المسأله الأولى يجوز السفر بالوديعه إذا خاف تلفها مع الإقامه]

الأولى: يجوز السفر بالوديعه، إذا خاف تلفها مع الإقامه و قد تعذر الرد إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو الإيداع إلى الأمين، أو لا يرتفع الخوف عليها به، بل قيل: إنه يجب عليه السفر بها حينئذ، و قد عرفت البحث فيه سابقا.

ثم إنه على كل حال لا يضمن لعدم كونه متعديا و مفرطا فى هذا الحال و لكن لا يجوز السفر بها حينئذ مع ظهور أماره الخوف ضروره عدم كونه حفظا لها، إذ السفر فى نفسه مخاطره، كما

قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم (۱)«المسافر و ماله على تلف إلا أن يشاء الله».

و حينئذ ف لو سافر و الحال هذه ضمن للتعدى و التفريط، نعم لو فرض كونه فى هذا الحال أحرز لها من البقاء، ارتفع الضمان حينئذ.

[المسأله الثانيه لا يبرء المودع إلا بردها إلى المالك]

المسأله الثانيه: لا يبرء المودع إلا بردها إلى المالك أو وكيله العام أو الخاص فان فقدهما فالى الحاكم الذى هو ولى الغائب فى حفظ ماله لكن مع العذر (۱۱) للوديع كالعجز عن حفظها، أو عرض له خوف يفتقر معه إلى السير المنافى لرعايتها، أو خاف عليها من السرق أو الحرق أو النهب أو نحو ذلك من

۱- ۱ راجع كشف الخفاء للعجلونى الرقم ۲۰۱۴.

الضروريات.

و مع عدم العذر لم يجز له دفعها، فلو دفعها حينئذ يضمن لان المالك لم يرض بيد غيره، و الفرض عدم الضروره لإخراجها من يده، فيجب عليه حينئذ حفظها إلى أن يجد المالك، أو يتجدد له عذر، و في المسالك «هكذا ذكره الأصحاب و لا نعلم فيه خلافا بينهم، و واقفهم جماعه من العامه، و لكن قد يقال: إن لم يكن إجماعا بعد جواز فسخ الوديعه له في كل وقت، و حينئذ تكون أمانه شرعيه في يده يجب ردها على المالك أو وكيله أو وليه و هو الحاكم و إن لم يكن ضروره، بل قد عرفت سابقا من إطلاق

كلامهم، بل هو صريح بعضهم جواز السفر عنها و إن لم يكن لضروره، إلا أنه يدفعها إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو العدل، بل قد عرفت أيضا غير ذلك مما يظهر بعد التأمل في ملاحظه ما في كلام الأصحاب من التشويش في جمله من الأمور، فلا حظ و تأمل.

و على كل حال فحيث يجوز دفعها إلى الحاكم هل يجب عليه القبول لأنه ولي الغائب و منصوب للمصالح، أولا، للأصل، و لعل الأول أقوى، و كذا لو حمل اليه المديون الدين مع غيبه المدين و المغصوب و نحو ذلك.

و لو فقد الحاكم و خشي تلفها مثلا جاز إيداعها من ثقه و لو تلفت لم يضمن لعدم صدق التعدي و التفريط في الفرض الذي هو أحد أفراد الحفظ المأمور به في هذا الحال، لكن قد عرفت فيما مضى أن ذلك فسخ للوديعه، و الدفع إلى العدل باعتبار قيامه مقام الحاكم في الحسب، أو أنها باقيه على الوديعه عنده و لكن جاز له ان وجب عليه حفظها بهذا الطريق في هذا الحال و ان لم يجز اختيارا و كذا الكلام في

[المسأله الثالثه لو قدر على الحاكم، فدفعها إلى الثقه ضمن]

المسأله الثالثه التي هي لو قدر على الحاكم، فدفعها إلى الثقه ضمن ضروره مرجع الجميع إلى وجوب هذا الترتيب، و قد قدمنا سابقا ما يستفاد منه التوقف في وجوب ردها مع السفر على الوجه المزبور و أن السيره و الطريقه على خلاف ذلك بل قد يقال حتى لو كان المالك حاضرا و لم يطلبها،- و ما يستفاد منه أيضا عدم اعتبار كون السفر ضروريا، و أن الرد إلى العدل مع فرض عدم كونه لقيامه مقام الحاكم،

كمـا هو صـريح ما سـمعته سابقا من المسالك بل و غيرها،- لا دليل على وجوب تعينه، ضـروره كونه حينئـذ أحـد أفراد الحفظ، المخير فيها فى هذا الحال بعد فرض جواز السفر له، بل ربما يتفق الأحرز منه و بهذا يظهر لك النظر فى.

[المسأله الرابعه إذا أراد السفر فدفنها ضمن]

المسأله الرابعه و هى إذا أراد السـفر فدفنها فى حرز أو غيره أعلم بها العدل أو لا ضمن إلا أن يخشى المعاجله كما فى القواعد و الإرشـاد، ضـروره ابتنـاء ذلـك على مـا سـمعته من وجوب الرد على الترتيب المزبور، و الـدفن مناف له، و الإعلام ليس ردا و لا ايـداعا، و فيه ما عرفت من عـدم الـدليل على إيـداع العـدل بخصوصه، بل هو أحد أفراد الحفظ، كما أنه لو خشـى المعاجله، أى خاف عليها من معاجله السارق و الظالم لم يضـمن حينئـذ بالـدفن المراعى مقدار ما يتمكن منه من الحرزيه و الإعلام و نحوهما، لانحصار طريق حفظها حينئذ بذلك، و كذا لو كان السفر ضروريا له و خاف معاجله الرفقه، فدفنها مراعيا ما سمعت بعد تعذر ما وجب عليه من الرد على الوجه المزبور، و لكن قد تقدم لك ما يعرف منه وجه النظر فى ذلك و الله العالم.

[المسأله الخامسه: لو أعاد الوديعه بعد التفريط إلى الحرز لم يبرأ]

المسأله الخامسه: لو أعاد الوديعه بعد التفريط أو التعدى بأن لبس الثوب ثم نزعه إلى الحرز لم يبرأ من الضـمان للأصل و غيره و لو جـدد المالك له الاستيمان بأن فسـخ العقد السابق و رجع المال إلى يده ثم أودعه جديدا أو قلنا بكفايه تجديد العقد و إن لم يرجع المال إلى يده على حسب ما سمعته فى رهن المغصوب برء من الضمان أيضا بلا إشكال.

و أما لو قال أذنت لك فى حفظها أو أودعتكها أو اسـتأمنتك عليها أو نحو ذلك مع عـدم فسخ العقد الأول فالأقوى عدم البراءه من الضمان، للأصل و عدم صيرورته وديعه جديده بذلك، إذ هو بالتفريط السابق لم ينفسخ عقد أمانته، و لم يرتفع الإذن له فى حفظهـا و إنمـا صـارت به وديعه مضـمونه، فمـا فى المسالك- من توجيه عـدم الضـمان بأنه إنما كان لحق المالك و قـد رضـى بسقوطه بإحداثه ما يقتضى الأمانه- لا يخفى

ما فيه، كما أن قوله فيها أيضا «و يمكن بناء ما نحن فيه على مسأله أن الغاصب إذا استودع هل يزول الضمان عنه أم لا» كذلك أيضا، لما عرفت من عدم انفساخ العقد الأول المقتضى لبقائها وديعه مضمونه بالسبب الذى اقتضى الضمان، لا الفسخ، بل و كذا ما ذكره فيها أخيرا من أن الأقوى هنا زوال الضمان، لأن المستودع نائب عن المالك، بخلاف الرهن، ضروره اتحاد الرهن و الوديعه من حيث النيابه عن المالك فى الحفظ، فالمتجه حينئذ ما عرفت، إلا أن يراد بذلك البراءه من الضمان، و حينئذ يكون ذلك من القسم الثالث الذى أشار إليه المصنف بقوله:

و كذا لو أبرأه من الضمان و لكن فيه إشكال بعدم دليل صالح لقطع أصاله الضمان، ضروره عدم ثبوت مال فى الذمه يكون موردا للإبراء فإن المراد من الضمان اشتغال ذمته لو تلفت بالمثل أو القيمه، فهو كما لو قال للغاصب أبرأتك من ضمان المال المغصوب فى يدك، و نحوه مما هو إبراء عما لم يجب بعد.

و دعوى- كون المراد من الإبراء إسقاط الحق الذى هو تأهل الذمه للاشتغال على تقدير التلف- يدفعها منع سقوطه بذلك، للأصل، و لظاهر ما دل على سببيه الضمان، الشامل لصوره الإسقاط السالم عن معارضه ما يقتضى صحه هذا الإسقاط على وجه يترتب عليه السقوط لمثل ما نحن فيه، المحتمل كونه كحق التحجير و نحوه و الله العالم.

و كيف كان ف لو اكره على دفعها إلى غير المالك، دفعها و لا ضمان وفاقا للمشهور نقلا إن لم يكن تحصيلا، لضعف المباشره و قوه السبب، و لأصاله البراءه، و للضرر بترك التسليم، فيباح له شرعا، و يكون مندرجا فى نبوى (۱)الرفع، المقتضى رفع الحكم وضعا و تكليفا إلا ما خرج، خلافا للمحكى عن أبى الصلاح، فأوجب الضمان لكونه متلفا، إذ الفرض أنه باشر الدفع بنفسه، لا أن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵۶- من أبواب جهاد النفس الحديث ۱- ۳.

المکره باشر الأخذ فیشمله عموم من أتلف، و نحوه، و ان کان له الرجوع علی المکره باعتبار قوته، فقرار الضمان علیه.

لکن قد یشکک فی تناول الأدله لمثل الفرض الذی هو فیه من المحسنین الذین لم یجعل الله علیهم سبیلا، فضلا عن الضرر البین حال عدم التسلط علی المکره، و قد تقدم سابقا الکلام فی المسأله فی الجمله و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا أنکر الودیعه أو اعترف و ادعی التلف أو ادعی الرد و لا بینه فالقول قوله]

المسأله السادسه إذا أنکر الودیعه أو اعترف و ادعی التلف أو ادعی الرد، و لا بینه، فالقول قوله بلا خلاف و لا إشکال فی الأول،

لعموم (۱)«البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر»

و علی المشهور فی الثانی شهره عظیمه کادت تکون إجماعا، سواء أسنده إلی سبب أولا، و سواء کان ظاهرا کالغرق و الحرق، أو خفیا کالسرقه و نحوها، بل فی التذکره نسبته إلی علمائنا، بل لم یحک الخلاف فیه إلا من الشیخ فی المبسوط، فلم یقبل قوله إلا بالبینه فی التلف بأمر ظاهر، لعموم البینه، لکن رماه بعضهم بالشذوذ، و العموم المزبور یجب

تخصیصه بالإجماع الظاهر، أو المحقق المحکی أو المحصل.

و

المرسل (۲)فی المقنع عن الصادق علیه السلام «عن المودع إذا کان غیر ثقه هل یقبل قوله؟ قال: نعم و لا یمین علیه»

و لأنه أمین محسن، قابض لمصلحه المالک فهو أولی من المضارب الذی قد یظهر من جمله من النصوص المفروغیه من تصدیقه فی ذلک، و لذا احتیل للاستیثاق بجعل المال بعضه قرضا.

مضافا إلی

قول أبی جعفر علیه السلام (۳)«لم یخنک الأمین، و لکن ائتمنت الخائن»

بناء علی أن المراد من هذا و شبهه الحکم شرعا بعدم خیانه کل أمین لک، و أنه متی ائتمنت کان غیر خائن لک شرعا، و لکن إذا خونته فاللوم علیک حیث إنک ائتمنت

۱- ۱ المستدرک ج ۳ ص ۱۹۹ الوسائل الباب ۲۵ من أبواب أحکام الدعوی الحدیث- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحکام الودیعه- الحدیث- ۷.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحکام الودیعه- الحدیث- ۸.

الخائن بزعمک.

و إلی

قول الصادق علیه السلام فی خبر مسعده بن صدقه(۱)«لیس لک أن تأتمن من خانک، و لا تتهم من ائتمنت»

و خبر مسعده بن زیاد(۲)عنه عن أبیه أن رسول الله صلی الله علیه و آله و سلم قال: «لیس لک أن تتهم من قد ائتمنته، و لا تأتمن الخائن و قد جربته»

فتأمل.

بل عن أبی علی و أبی الصلاح أنه لا یمین علیه إلا مع التهمه

للمرسل (۳)«لا یمین علیه إذا کان ثقه غیر مرتاب»

بل عن الصدوق و الشیخ فی النهایه و ابن حمزه أنه لا یمین علیه مطلقا، بل فی الفقیه قضی مشایخنا رضی الله عنهم علی أن قول المودع مقبول، فإنه مؤتمن و لا یمین علیه، و لکن الأقوی الأول، لقاعده انحصار ثبوت الدعوی بالبینه و الیمین.

و کذا یصدق لو ادعی الرد إلی المالک أو وکیله علی المشهور، بل عن جماعه الإجماع علیه، بل أرسلوه فی غیر المقام إرسال المسلمات، و هو الحجه، مضافا إلی کونه أمینا و إلی غیر ذلک مما سمعته فی دعوی التلف مما یمکن إجراؤه هنا، فما فی القواعد و غیرها من النظر فی ذلک فی غیر محله. نعم لا یقبل قوله فی ذلک فی الرد علی الوارث، لأنه لم یأتمنه.

و علی کل حال ف للمالک حینئذ إحلافه علی الأشبه بأصول المذهب و قواعده أما لو دفعها إلی غیر المالک و ادعی الأذن من المالک فی

ذلک فأنکر المالک فلا ریب ف ی أن القول قول المالک مع یمینه لعموم

قوله (۴)«البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر»

الذی هو المالک هنا، لأنه هو الموافق للأصل.

ثم المدفوع إلیه إن کذبه فالقول قوله أیضا، لأن الأصل عدم الدفع، و إن صدقه ردت العین إن کانت باقیه، و إن کانت تالفه، کان المالک بالخیار بین الرجوع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحکام الودیعه الحدیث- ۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام الوديعه الحديث- ۱۰.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام الوديعه الحديث- ۷.
۴- ۴ المستدرک ج ۳ ص ۱۹۹.

علی من شاء منهما.

و لو صدقه أی المالک علی الإذن و أنکر التسلیم فکدعوی الرد الذی عرفت الحال فیه، ضروره کونه حینئذ وکیلا، و دعوی الرد علیه کدعوی الرد علی الموکل.

و أما لو صدقه علی التسلیم أیضا لمن أذن له لم یضمن الودیع بإنکار المأذون و إن ترک الإشهاد علی الأشبه بأصول المذهب و قواعده، حتی لو قلنا به بالنسبه إلی وفاء الدین، لأن مبنی الودیعه علی الإخفاء، و فی المسالک عن بعضهم الضمان فی الدین و الودیعه، کما عن آخر نفیه فیهما، و لعله لا یخلو من قوه لعدم تحقق التفریط و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا أقام المالک البینه علی الودیعه بعد الإنکار فصدقها ثم ادعی التلف قبل الإنکار لم تسمع دعواه]

المسأله السابعه: إذا أقام المالک البینه علی الودیعه بعد الإنکار لأصل الإیداع فصدقها ثم ادعی التلف قبل الإنکار لم تسمع دعواه المنافیه لإنکاره الأول الذی هو بمنزله الإقرار بالنسبه إلی ذلک فی حقه، فیتناقض حینئذ کلاماه و لا یتوجه له یمین و لا إقامه بینه بعد أن کذبها بإنکاره الأول، و لا نه قد حصل منه بإنکاره سبب اشتغال ذمته بالضمان فلا تسمع دعواه، لکونه کالإقرار منه بالضمان ثم الرجوع عنه.

و لکن فی المتن و لو قیل تسمع دعواه و تقبل بینته کان حسنا لعموم

قوله (۱)«البینه علی المدعی»

و لجواز استناده إلی النسیان، بل عن الفاضل فی التذکره اختیاره، کما عنه فی المختلف أنه لا تسمع یمینه، و لا تقبل بینته، لکن له إحلاف الغریم، و هو نوع من سماع دعواه، فیکون فی المسأله أقوال ثلاثه، الا أنه لا یخفی علیک ما فی الأخیرین المنافیین لأصاله عدم النسیان.

و فی المسالک «إن فیها قولا رابعا، و هو أنه إن أظهر لإنکاره تأویلا، کقوله لیس لک عندی ودیعه یلزمنی ردها أو ضمانها و نحو ذلک، قبلت دعواه، و سمعت

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی الحدیث- ۵.

بينته، و ان لم يظهر له تأويلا لم يقبل» و عن الشهيد الأول اختياره.

و لكن فيه أنه خروج عن مفروض المسأله بناء على إراده إبراز دعواه بالعباره المزبوره، و إن كان المراد إظهار التأويل بعد أن ذكر العباره التى ظاهرها إنكار أصل الإيداع لم يسمع ذلك منه، عملا بظاهر كلامه.

و من هنا قال فى المسالك بعد أن ذكر الأقوال أجمع «هذا كله إذا كان الجحود بإنكار أصل الإيداع، أما لو كانت صورته لا يلزمنى شى ء أو لا يلزمنى تسليم شى ء إليك، أو مالك عندى وديعه، أو ليس لك عندى شى ء، فقامت البينه بها، فادعى التلف أو الرد سمعت دعواه و بينته، لعدم التناقض بين كلاميه» و نحوه ما فى القواعد قال:

«و إن أقيمت عليه البينه فادعى الرد أو التلف من قبل، فان كان صيغه جحوده إنكار أصل الوديعه لم يقبل قوله بغير بينه، و لا معها على الأقوى، لتناقض كلاميه، و إن كان صيغه الجحود لا يلزمنى شى ء، قبل قوله فى الرد و التلف مع البينه، و بدونها فى الأخير، و فى الأول على رأى، و لو أقر بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان، و فى سماع بينته بذلك إشكال، نعم تقبل لو شهدت بالإقرار و الظاهر أن قوله «و فى سماع» تكرار لما ذكره أو لا.

و قال فى الإرشاد فى باب الوكاله: «و لو ادعى على الوكيل قبض الثمن، فجحد فأقام بينه على القبض فادعى تلفا أوردا قبل الجحود لم يقبل قوله، لخيانته، و لا بينته لعدم سماع دعواه، و لو ادعى بعد الجحود ردا سمعت دعواه، و لا يصدق لخيانته و تسمع بينته، و لو ادعى التلف صدق للبراءه من العين، و لكنه خائن فيلزمه الضمان» و هو جيد جدا إلا فى الأخير المبنى على تصديق الغاصب فى تلف العين، و قد ذكرنا البحث فيه سابقا.

و على كل حال فمن التأمل فيما ذكرناه يظهر لك ما فى المسالك فإنه قال:

«و حيث قلنا بقبول بينته إن شهدت بتلفها قبل الجحود برى ء من الضمان. و إن شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود، و منع المالك عنها» إذ ظاهره أن دعواه التلف بعد الجحود من المسأله السابقه بالنسبه إلى قبول بينته و عدمها، و لا يخفى

علیک خروجها عن ذلک، إذ لا إشکال فی قبولها بالرد و التلف کما سمعته من الإرشاد بل هو واضح و الله العالم.

[المسأله الثامنه إذا أودع و لم یعین له حرزا بعیدا عنه وجبت المبادره إلیه بما جرت العاده]

المسأله الثامنه إذا أودع و لم یعین له حرزا مخصوصا وجبت المبادره إلی حرزها المعتاد المتعارف و إذا عین له حرزا بعیدا عنه وجبت المبادره إلیه بما جرت العاده فی المسارعه للوصول الیه، مع فرض عدم القرینه الداله علی خلاف ذلک، لعدم الاذن فی وضعها فی غیره زائدا علی ذلک، و حینئذ فإن أخر عن ذلک مع التمکن عقلا و شرعا بل و عاده علی معنی مراعاه المبادره إلیه عاده نحو ما سمعته فی فوریه أدائها عند طلب المالک لها ضمن بلا خلاف و لا إشکال بالتعدی بالوضع فی غیر ما عینه له المالک، بل الأقوی بقاؤه علی الضمان و إن وضعه بعد ذلک بالحرز مع احتمال عدمه حینئذ، بل عن بعضهم القول به، إلا أن استصحاب الضمان بالسبب الأول شاهد للأول، کما أنه قد یقوی الضمان فی کل فرد شک فی تحقق المبادره به، لعدم معلومیه الأذن معه، مع احتمال عدمه للأصل، و لو سلمها إلی زوجته علی وجه الاستقلال بها أو الشرکه أو ولده أو خادمه أو غیرهم لتحرزها و لو فی ذلک المکان إلا أن تکون کالآله المشاهده منه و نحوها ضمن لعدم الإذن له فی ذلک، اللهم الا أن یکون هناک قرائن حالیه أو مقالیه تدل علی ذلک، و التوکیل عنه فی ذلک مع عدم الإذن من المالک فی وضع ید الغیر علیها لا وجه له.

[المسأله التاسعه إذا اعترف بالودیعه ثم مات و جهلت عینها قیل تخرج من أصل الترکه]

المسأله التاسعه: إذا اعترف بالودیعه ثم مات و لکن قد جهلت عینها بالخصوص لتعدد أفرادها قیل: تخرج (۱۱) الودیعه قیمه أو مثلا من أصل الترکه (۱۲) علی نحو غیرها من الدیون لتحقق ضمانها بعدم تعینها المصیر لها بمنزله التالفه و (۱۳) حینئذ ف لو کان له غرماء و ضاقت الترکه حاصهم المستودع.

(۱۴) و لکن لا یخفی علیک بعد الإحاطه بما ذکرناه سابقا عند قوله و (۱۵) إذا ظهر للمودع أماره الموت ما فیه (۱۶) من تردد (۱۷) و بحث و نظر إذا کان المراد من المتن و ما شابهه الحکم بالضمان بمجرد الاعتراف بها، من احتمال الرد

إلى المالک و التلف بلا تعد و لا تفریط و غیر ذلک، لأصاله البقاء و عدم التلف و غیر ذلک من المحتملات، فیتحقق بقاؤها بل ضمانها بعدم الإشهاد على شخصها، کما حکى عن الأکثر أو المشهور بین الأصحاب، و إن کنا لم نتحققه.

بل لعل الظاهر خلافه عند من تأمل کلامهم، خصوصا الفاضل فی القواعد و غیره، فإنک قد عرفت عدم صلاحیه ما ذکروه، لإثبات الضمان الذی مقتضى أصل البراءه بلا واسطه عدمه، و على الید مخصوص بالأمانه المستصحب حکم عدم الضمان فیها، بل هو مقتضى إطلاق الدلیل، و خبر السکونی مع أنه فی مال المضاربه قد عرفت الحال فیه سابقا، و أنه ظاهر فی المعلوم بقاؤه فی الترکه، و لم یثبت تقصیره بعدم الإشهاد خصوصا مع ملاحظه حال المسلم المحمول على الوجه الصحیح فعلا و ترکا، و مع التسلیم فالمتجه الشرکه أو القرعه أو الصلح القهری فی وجه، أو نحو ذلک مما یتقدم به على الغریم الذی حقه متعلق بترکه ودیعه، لا- مال الغیر المشتبه بمال الودیع، و بالتأمل فیما ذکرنا هنا و هناک بل و فی باب المضاربه یظهر لک التشویش فی کلام جمله من الأعلام، و عدم تنقیح موضوع ما حکموا به من الضمان على إشکال، و عدمه کذلک فی أصله أو فی کیفیته فلاحظ و تدبر.

[المسأله العاشره إذا کان فی یده ودیعه فادعاها اثنان، فان صدق أحدهما قبل]

المسأله العاشره: إذا کان فی یده ودیعه فادعاها اثنان، فان صدق أحدهما قبل و أحلف للآخر على البت، کما أنه یحلف المقر له أیضا، فیستقر حینئذ ملکه على العین، و إن نکل الودعی عن الیمین أحلف المدعی إن لم یقض بالنکول و أغرم له المثل أو القیمه وقت الإقرار أو وقت الحلف على الأقوى، بناء على أن الیمین المردوده کالإقرار أو أصل برأسه، بل فی المسالک الحکم بذلک و إن قلنا بکونها کالبینه، إذ هی فی حق المتداعیین الذی اقتضى تغریم المثل أو القیمه بسبب حیلولته بالإقرار الأول، لا فی حق الثالث.

و فیه بحث یظهر من تفریعهم مسأله رد الوکیل على البیع الیمین على مدعی الفسخ مثلا بالنسبه إلى الرجوع بالثمن على الموکل أو الوکیل على کونه کالإقرار أو البینه، و الموکل ثالث عنهما، و لو أقر بها لهما على سبیل الاشتراک فقد کذب

كـل واحـد منهما فى دعوى الجميع و صـدقه فى البعض فيقسم بينهما، و يكون حكم التصـديق و التكـذيب فى النصف كما فى الجميع بالنسبه إلى الودعى و بالنسـبه إليهما، و يبقى النزاع بينهما فى النصف، فان حلفا أو نكلا قسم بينهما، و إن حلف أحدهما خـاصه قضـى له به، و لا ـ خصومه للناكـل مع الودعى و ان أكـذبهما معـا فكـذلك فى انتفاء دعواهما، لأن اليـد له، و لكل منهما إحلافه على البت أيضـا، فـإن نكـل عن اليمين ردت عليهمـا، و صـارا فى الـدعوى سواء، لأـن يـدهما خارجه، فان حلفا أو نكلا قسمت بينهما، و إن حلف أحدهما خاصه اختص بها، و إن قال: هى لأحدهما و لا أدرى من هو على التعيين، فان صدقاه فى نفى العلم فلا خصومه لهما معه، و تبقى الخصومه بينهما و الحكم كالسابق.

لكن هنـا يحتمـل جعلهمـا بمنزله ذى اليـد، لا ـ الخـارج، بخلاف الأول، و الفرق عـدم اليـد لأحـدهما فى الأول حتى بالنسبه إلى اعتراف الودعى، فهما خارجان عنها على التقـديرين، بخلافه هنا، فان ذا اليـد يعترف بأن اليد لأحدهما، و ليس أحدهما أولى من الآخر على تقـدير الاشـتباه، و يحتمل مساواته للاول، لعـدم ثبوت اليـد لأحدهما، بل لعله الأقوى، و تظهر فائده اليد و عدمها عند تعارض البينات على ما سيأتى إنشاء الله.

و إن كذباه فى عدم العلم فادعى كل واحد منهما علمه بالمالك فالقول قوله مع يمينه، لكن الحلف هنا على عدم العلم، و يكفى يمين واحـده فى وجه، لان المـدعى شـى ء واحـد، و هو علمه بكون المال لمعين، بخلاف السابق فإنه ينفى اسـتحقاق كل واحد فيحلـف له، و قيـل: يحلف لكـل منهمـا يمينـا فـان كلا ـ منهمـا مـدع، فيـدخل فى عموم الحـديث السـابق، و لعله الأـقوى، خلاـفا للمسالك فى الأول.

و على كل حال فإذا حلف لهما بقيت المنازعه بينهما، و اختلف هنا: فقيل:

يقرع بينهما فمن خرج اسـمه و حلف سـلمت إليه، و قيل: يوقف حتى يصـطلحا، و القولان محكيان عن الشيخ، إلا أنه قد يتوقف فى اليمين على من خرج اسمه، بل لعل الأقوى أنهما يحلفان، و يقسم بينهما، لتكافؤ الدعويين و تساويهما فى الحجه

و هو يقتضى القسمه كذلك، و لا يكون الأمر مشكلا، و الإيقاف حتى يصطلحا ضرر و الاصطلاح غير لازم.

و لو نكل عن اليمين و حلفا على علمه أغرم القيمه مع العين، لان يمينيهما اقتضتا أن يكون عالما بالعين لكل واحد بخصوصه، و بإنكاره حصلت الحيلوله بين المستحق و حقه، فوجب أن يغرم القيمه، و لما كان سواء فى اليمين لم يكن لأحدهما رجحان على الآخر، فيجعل العين و القيمه معا فى أيديهما، و هل يقسم بينهما بحلفهما كذلك أو توقف حتى يصطلحا، القولان.

و فى المسالك «يمكن أن يقال هنا: بأن القسمه بينهما يتوقف على حلفهما ثانيا بالاستحقاق، لان اليمين الاولى لم تتناوله، و إنما أثرت غرمه القيمه لهما، و لو كان حلفهما ابتداء على الاستحقاق قسمت العين بينهما فقط».

و إن قال: لا- أدرى أ هى لكما، أم لأحدكما، أم لغيركما، و ادعيا عليه العلم، فالقول قوله فى نفيه كما مر، فإذا حلف أقرت فى يده حتى يثبت لها مالك و ليس لأحدهما تحليف الآ-خر، لأنهما لم يثبت لهما، و لا لواحد منهما عليها يد، و لا استحقاق، بخلاف الصوره السابقه.

و إن ادعيا أو أحدهما علمه بصحه الدعوى كان عليه اليمين و لو نكل عن اليمين ففى تسليمها إليهما- مع حلفهما على الاستحقاق و غرامته لهما القيمه لو حلفا على علمه- احتمال، لانحصار الحق فيهما ظاهرا، و لا منازع لهما الآن، و يحتمل العدم، لعدم حصر ذى الحق فيهما.

ثم إن ما فى المتن من الإقرار فى يده قيل: إنه شامل للقسمين المشتملين على عدم علمه بخصوص المالك، و هو جيد فى الأ-خير، لأ-ن يده يد أمانه، و لم يتعين لها مالك يجب الدفع إليه، و الحق ليس منحصرا فيهما، حتى يتوهم سقوط أمانته بمطالبتهما، و أما إقرار يده فى القسم الأول فعن الشيخ أنه كذلك أيضا، لعدم تعين المالك، لكن قد يشكل بانحصار الحق فيهما، و مطالبتهما معا إياه، و لذا حكى عن الشيخ أيضا القول بانتزاعها منه، و لكن ضعفه فى المسالك بأن المطالبه المقتضيه

للعزل هی التی یجامعها التسلیم، و هنا لیس کذلک، فلا یترتب علیه دفع الامانه، و فیه منع واضح. نعم یتجه ما عن المختلف من رد الأمر إلی الحاکم و استحسنه فی المسالک. و الله العالم.

[المسأله الحادیه عشر إذا فرط و اختلفا فی القیمه فالقول قول المالک مع یمینه]

المسأله الحادیه عشر: إذا فرط أو تعدی و تلف المال و اختلفا فی القیمه فالقول قول المالک مع یمینه لخروجه عن الأمانه المقتضیه لسماع قوله و للمرسل (۱)و قیل: القول قول الغارم مع یمینه، و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأصاله البراءه و الخروج عن الامانه لا یخرجه عن حکم المنکر، و لذا کان الحکم کذلک فی الغاصب أیضا، و لم یثبت خبر صالح لمعارضته لقاعده المدعی و المنکر کما هو واضح. و الله العالم.

[المسأله الثانیه عشر إذا مات المودع سلمت الودیعه إلی الوارث فان کانوا جماعه سلمت إلی الکل]

المسأله الثانیه عشر: إذا مات المودع، سلمت الودیعه إلی الوارث، فان کانوا جماعه سلمت إلی الکل، أو إلی من یقوم مقامهم بوکاله أو ولایه و لو سلمها إلی البعض، من غیر إذن ضمن حصص الباقین بلا خلاف و لا إشکال و الله العالم.

و الحمد لله أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحکام الودیعه الحدیث- ۷.

[كتاب العاريه]

اشاره

كتاب العاريه بتشديد الياء و قد تخفف نسبته إلى العار، أى العيب، أو العاره مصدر ثان لأعرته، و عن بعض مأخوذه من عار يعير إذا جاء و ذهب، و منه قيل للبطال عيار، لتردده فى بطالته، سميت عاريه لتحولها من يد إلى يد، و عن آخر أنها مأخوذه من التعاور و الاعتوار، و هو أن يتداول القوم الشى ء بينهم.

و على كل حال ف هى عقد يعتبر فيه إنشاء الربط بين الإيجاب و القبول، لا إيقاع يكفى فيه الإذن فى الانتفاع من المالك، إذ هو حينئذ من الإباحه التى منها الانتفاع بظروف الهدايا بالأكل و نحوه، مما جرت السيره به، و انتفاع الضيف فى الدار و الفرض و الأوانى و نحوها، لا العاريه المزبوره، اللهم إلا أن يقصد ذلك لضيف مخصوص، و يقبله فعلا أو قولا بهذا العنوان.

نعم هى على حسب ما سمعته فى العقود اللازمه تقع بالإيجاب و القبول اللفظيين و هما العقد بالمعنى الأخص، و ربما قيل: منه أيضا ما إذا كان القبول فعليا، و أما إذا كانا فعليين أو كان الإيجاب فعليا فهو من المعاطاه، بناء على مشروعيتها فيها بدعوى السيره المستمره بعنوان العاريه، و إن كان الأقوى أنها إباحه لا بعوض، كما سمعته مرارا.

و أما احتمال أنها من العقد فلا ينبغى أن يصغى إليه، فمن الغريب دعوى بعضهم أن الانتفاع بظروف الهدايا من العاريه، لأنه انتفاع بملك الغير باذنه و إن لم يكن لفظ، بل بشاهد الحال، ضروره عدم الاكتفاء بذلك فى تحقق العاريه من دون إنشاء قصدها من الطرفين، و جواز الانتفاع بالإذن أعم منها كما هو واضح. و خصوصا ما لو كان بطريق الفحوى القطعيه أو بشاهد الحال.

و من ذلک یظهر لک ما فی التذکره و الروضه و الریاض و غیرها خصوصا الأخیر منها، و الاذن فی الانتفاع بأعیان الصدیق المفهوم من فحوی الاذن شرعا بالأکل من بیته مع التسلیم لیس من العاریه قطعا، و إنما هو من الإباحه الشرعیه علی حسب الحال فی غیره من البیوت التی قد تضمنتها الآیه(۱)نعم قد یستفاد من ذلک التسامح فی عقد العاریه التی ثمرته إباحه المنفعه التی اکتفی فیها بشاهد الحال و نحوه کما أو ما إلیه الفاضل فی التذکره فلاحظ و تأمل.

و علی کل حال فقد ذکر المصنف فی تعریفها أنها عقد ثمرته التبرع بالمنفعه و یقرب منه ما وقع لغیره، و لکن قد ذکرنا غیر مره أن أکثر التعاریف للأصحاب فی أکثر المعاملات یشبه التعاریف اللغویه التی یراد منها التمییز فی الجمله لإتمام الإطراد و الانعکاس.

فمن الغریب نقض طرد تعریف المصنف هنا بالسکنی و العمری و الحبس و الوصیه بالمنفعه و أغرب منه التزام الجواب عن ذلک بأنها فی معنی العاریه، و إن کانت لازمه و غایته انقسام العاریه إلی جائزه و لازمه کالاعاره للرهن، ضروره کون هذه العقود فی الاصطلاح متباینه مختلفه اللوازم و الصیغ، فإدخال بعضها فی بعض بمجرد المشارکه فی بعض الخواص اصطلاح مردود، هذا.

لکن فی المسالک بعد أن ذکر ذلک قال: «و لو أضیف إلی ذلک قید الجواز فقیل: ثمرته التبرع بالمنفعه مع بقاء الجواز و نحوه خرجت هذه العقود، و بقیت السکنی المطلقه، فإنه یجوز الرجوع فیها متی شاء السکنی کما سیأتی إنشاء الله، و قد یلتزم فیها بأنها

عاریه لتحقق المعنی فیها مطلقا، و لا یقدح الصیغه، لأن العاریه لا تختص بلفظ، بل کل ما دل علی تسویغ الانتفاع بالعین تبرعا و السکنی المطلقه تقتضی ذلک، و لکن تبقی العاریه اللازمه خارجه، فیحتاج إدخالها إلی قید آخر أو التزام جواز الرجوع فیها بالنسبه إلی المستعیر و إن لم یؤثر بالنسبه إلی المرتهن، و تظهر الفائده فی وجوب السعی علی الراهن و تحصیلها بما أمکن، و وجوب المبادره

۱- ۱ سوره النور الآیه ۶۱.

إلى ردها عند الفك على الفور بالمطالبه السابقه، و لو قلنا أنه لا أثر لها، و أنها لازمه من طرفه مطلقا، انتفت هذه اللوازم، و الأول ليس ببعيد من الصواب» و هو كما ترى من غرائب الكلام، خصوصا بعد اعترافه بالمباينه بين هذه العقود مفهوما، و الجواز و اللزوم إنما هما أمران خارجان، و من المعلوم أن مفهوم الرقبى و السكنى و العمرى واحد، و أن الاختلاف إنما هو فى التقييد و الإطلاق، فلا فرق فى المباينه بين السكنى و غيرها، خصوصا على القول باقتضاء الملک للمنفعه كما عن الشيخ التصريح به، على أن التحقيق فى الفرق بين كثير من أفراد مفاهيم المعاملات بالقصد الذى هو المشخص فى اندراج الفرد فى مفهومه، نحو تشخيصه الفعل المشترک، إذ ليس فرق فى العقد بين الصلح عن العين الجامعه لشرائط البيع مثلا، و بين بيعها بالنسبه إلى إنشاء قصد النقل بعوض معلوم فى كل منهما إلا بقصد الصلحيه أو البيعيه المدلول عليها بذكر الصيغه أو غيره من القرائن، و كذا بالنسبه إلى الفرق بين الصلح على المنفعه التى تتعلق بها الإجاره، و بين عقد الإجاره، و كذا ما نحن فيه، فان قصد السكنى و العاريه كاف فى تشخيص كل منهما بعد تباينهما ذاتا، كتباين الصلح و البيع فالتزام كون السكنى عاريه لمشاركتها لها فى الجواز لا ينبغى صدوره من مثله، كما لا ينبغى صدور الجواب عما أورده على نفسه من العاريه اللازمه الذى لا يتم فى نحو عاريه الدين، و انما التحقيق فيه أن بناءها على الجواز الذى لا ينافيه عروض اللزوم من جهه أخرى، كتعلق حق الغير و نحوه، كما لا ينافى لزوم البيع عروض الجواز له بسبب من أسباب الخيار.

و بذلک و غيره مما ذكرناه هنا و فى غير المقام تعرف ما فى جمله من كلام الاعلام حتى ما أورده بعضهم هنا على التعريف بأنه ينتقض بأعرتک حمارى مثلا لتعيرنى فرسک، لعدم التبرع فيه، إذ هو كما ترى، ضروره أنه إذا فرض إراده العوضيه فيه على وجه ينافى التبرع لم يكن عاريه صحيحه، و إلا فلا ينافى التبرع و ستسمع تحقيق الحال فيه إنشاء الله فى آخر كتاب العاريه كما أن منه أيضا ظهر لک أن عقدها يقع لكل لفظ يشتمل على الأذن فى الانتفاع بعنوان العاريه من طرف الموجب، و يدل

على قبول ذلک من طرف القابل، و أما معاطاتها فبغیر ذلک، إلا فی صوره فعلیه القبول و لفظیه الإیجاب، فقد عرفت احتمال کونها من العقد أیضا، و تقدم فی الودیعه ما یزیدک تحقیقا فی المقام.

و کیف کان فهذا العقد لیس بلازم لأحد المتعاقدین بلا خلاف معتد به أجده، بل لعل الإجماع بقسمیه علیه، من غیر فرق بین الموقت و غیره، خلافا للمحکی عن ابن الجنید من الحکم باللزوم من طرف المعیر فی إعاره الأرض القراح مده للغرس أو البناء، و لا ریب فی ضعفه.

نعم قد استثنى من ذلک مواضع، منها: العاریه للرهن التی قد تقدم بعض الکلام فیها آنفا و فی کتاب الرهن، و منها: عاریه الأرض لدفن المیت المسلم و من فی حکمه التی سیذکرها المصنف، و منها: ما یترتب على الرجوع بها ضرر لا یستدرک کعاریه اللوح للسفینه فی لجه البحر المستلزم رجوعه للغرق للأنفس و الأموال، و منها: عاریه الحائط لوضع طرف الخشبه علیه المثبت طرفها الآخر فی ملک المستعیر مثلا، و منها عاریه الأرض للزرع، و منها: عاریتها للبناء و الغرس مده معلومه.

إلا أن الجمیع کما ترى، ضروره عدم اقتضاء امتناع فسخ الارتهان الواقع باذن المالک، و حرمه النبش و الإضرار بالغیر برجوع العین لزوم العقد، ضروره إمکان بقاء العقد على الجواز، و تحقق الانفساخ و ان منع مانع خارجی من رد العین إلى مالکها، کما لو فرض فی بعض أمثله الإجاره التی فسخت بتقایل أو خیار أو نحو ذلک فإنه لا إشکال فی تحقق الفسخ حینئذ، و ان منع من رد العین مانع آخر و ربما ترتب له الإجاره فی بعض الافراد، و بالجمله إن دعوى لزوم عقد العاریه فی الأمثله المزبوره- على وجه تکون به کغیره من العقود اللازمه لهذه التعلیلات المذکوره فی کلامهم من عدم فسخ عقد الرهن و حرمه النبش و الإضرار و نحو ذلک مما لا مدخلیه له، بعد التسلیم فی البعض، إلا فی عدم رد العین- واضحه الفساد، و لعله لذا أطلق المصنف و غیره جواز هذا العقد من غیر استثناء لهذه الافراد حتى من معقد الإجماع مع ذکر المصنف حکم هذه الافراد فیما یأتی، لکن لا بعنوان دعوى لزوم عقد العاریه فیها فلاحظ

و تأمل إذ يمكن إراده مـدعى اللزوم فيها أو فى بعضـها عـدم السـلطنه على استرداد العين و تفريغها مما فيه، لوجود المانع منه، لا إراده لزوم نفس العقـد، و بهـذا الاعتبـار اسـتثناه، بـل لعـل ذلك مقطوع به، إذ احتمال أن لهم دليلا على اللزوم لم يصل إلينا فى غايه البعد، خصوصا بعد تصريحهم بالاستدلال على اللزوم بما عرفت مما لا يقتضى لزوم العقد و الله العالم.

و كيف كان ف الكلام فى فصول أربعه.

[الفصل الأول فى المعير]

الأول: فى المعير و لا بد أن يكون مكلفا جائز التصرف فلا يصح اعاره الصبى و لا المجنون لما لهما لسلب عبارتهما و فعلهما فى المعاملات، و كـذا لاـ يصـح إعـاره المحجور عليه لفلس أو سـفه، بنـاء على عـدم جواز مثل هـذا التصـرف لهما، و كان الاولى الاستغناء بجواز التصرف عن التكليف الذى اقتصر المصنف فى التفريع عليه، و الأمر سهل.

إنمـا الكلاـم فى قول المصـنف و لو أذن الولى جـاز للصبى مع مراعـاه المصـلحه كـالمحكى عن الإرشاد، و إنما تصـح من جائز التصـرف، و لو أذن الولى للطفـل صـح أن يعير مع المصـلحه، و فى التحرير و اللمعه و غيرهمـا «يجوز للصـبى أن يعير إذا أذن له الولى» و عن التحرير تقييـده بالمميز فإن الإذن لا يجعل المسـلوب غير مسـلوب كما هو مفروغ منه فى غير المقام، و كون العاريه من العقود الجائزه لا يقتضى ذلك، و إلا لجازت مضاربته و وكالته بإذن الولى.

و دعوى كون الإذن من المالك بمنزله الإيجاب منه لأن المدار فى العاريه على رضا المالك و هو الولى هنا- يدفعها عدم الفرق حينئـذ بين المميز و غيره، بل و بينه و بين المجنون، بل بين هذا العقد و غيره من العقود الجائزه، بل و بينه و بين المعاطاه فى البيع و غيره، ضـروره رجوع ذلك إلى كون الصبى حينئذ آله و الإيجاب و الإنشاء بفعل الولى الذى هو الإذن، و إرسال الصبى و نحو ذلك.

نعم ينبغى اعتبـار قصـد الولى إنشـاء الإيجـاب بـذلك، و هو خلاـف ظاهر العبـارات السابقه المبنى على اختصاص العاريه بهـذا الحكم، و لو بجعل إذن الولى و أمره فعل

الصبی فعلاـ للولی، کما جعل أمره له بأفعال الحج موجبا للصحه فی الجمله، إلا أن ذلک متوقف علی دلیل اختصاص العاریه بذلک، و لعله للسیره المعتضده بهذه الکلمات من الأصحاب، و إرسالهم إرسال المسلمات و لکن ینبغی حینئذ اختصاص ذلک بإذن الولی فی عاریه ماله مثلا أما تولیتها عن غیره فلا یجوز، و لعله لذا أطلق المصنف متصلا بما سمعته من الکلام السابق و کما لا یلیها أی العاریه عن نفسه کذا لا یصح ولایته عن غیره لما عرفت من سلب قوله و فعله فی ذلک، حتی مع إذن الغیر الذی هو المالک، بل و مع الإذن من الولی أیضا، بناء علی اختصاص السیره بعاریه ماله بإذن الولی دون مال غیره، اللهم إلا أن ینزل ذلک من المصنف بقرینه ما تقدم له علی حال عدم الإذن من الولی، أما معها فلا فرق، و حینئذ یتجه تعمیم الحکم، لکن الإنصاف عدم خلو المسأله من إشکال حتی فی الأول.

[الفصل الثانی فی المستعیر]

الفصل (الثانی فی المستعیر) و لا بد أن یکون مکلفا فلا یصح استعاره الصبی و المجنون، لما عرفت من سلب عبارتهما و فعلهما، فلو استعارا ففی ضمانهما ما تقدم فی الودیعه، بل لا بد أن یکون معینا أیضا، فلو قال: أعرت أحد هذین لم یصح، للأصل بعد قصور تناول الأدله لمثل ذلک.

نعم لو أریدا من ذلک و قبلا معا، أمکن الصحه، کما لو قال: أعرت کتابی هذا لهؤلاء العشره و قبلوا جمیعا، فإنه یصح بالنسبه إلی کل منهم، بمعنی أن له الانتفاع مستقلا، إذ لاـ مانع من إجراء حکم المستعیر علی کل منهم، فإن العاریه قسم من الإباحه الصالحه لذلک، فیحمل علیه، إلا أن یصرح بإراده الاجتماع، و هکذا فی غیره من العقود التی تقبل ذلک.

نعم فی مثل البیع و الإجاره و نحوهما مما لا یقبل ثمرته الانتقال لکل منهما، لعدم معقولیه ملک کل منهما لتمام المبیع و تمام المنفعه، ینزل علی الشرکه، بخلاف

ما نحن فيه.

و على كل حال فلا إشكال فى صحه العاريه فى الفرض، لعموم الأدله، بل فى التذكره «تصح العاريه لغير المحصور من العدد، نحو كل الناس، و أى أحد من الأشخاص، و من دخل الدار، لأن الكلى معين، و إن لم يكن عاما كأى رجل و أى داخل، بخلاف أحد الشخصين أو الأشخاص، فإنه مجهول».

و إن كان قد يناقش بمنع تحقق العقديه أو ما فى حكمها من المعاطاه بمثل ذلك، ضروره عدم قصد الربط بين الإيجاب و القبول من الجانبين، و ليست العاريه حينئذ إلا إباحه، على أنه قد صرح فى موضع منها بالفرق بين من بسط بساطا مخصوصا لضيف مخصوص، و بين من كان له بساط معد لمن يأتيه من الضيوف، فجعل الأول عاريه، و الثانى إباحه، لعدم قصد انتفاع شخص بعينه، و عدم اعتبار المقارنه بين الإيجاب و القبول فى العاريه لا يقتضى جوار ذلك فى الوكاله و الوديعه و غيرهما على جهه تحقق عقدها بذلك.

و كيف كان ف له أى المستعير الانتفاع بما جرت العاده به فى الانتفاع بالمعار فإنها المرجع فى نوعه و قدره و صفته، فلو اعاره بساطا اقتضت فرشه، أو لحافا التغطيه به، أو حيوانا للحمل، اقتضت تحميله القدر المعتاد بالنسبه إلى ذلك الحيوان و ذلك المحمول، و ذلك الزمان، و ذلك المكان، و لو تعددت منفعه العين و لم يكن ثم انصراف إلى بعضها فان عين نوعا منها تعين، و إن عمم جاز الانتفاع بجميع الوجوه، بل لعله كذلك مع الإطلاق أيضا على الأقوى، وفاقا للمسالك ما لم تكن قرينه على خروج البعض.

و لو نقص من العين شى ء أو تلفت بالاستعمال من غير تعد لم يضمن و إن كان هو مباشر التلف أو كان سببا فيه إلا أن يشترط ذلك فى العاريه بناء على اعتبار مثل هذا الشرط، للنص و الإجماع على ما يشبهه كما تعرفه إنشاء الله، و لعل الوجه فى ذلك واضح، لانه استعمال مأذون فيه، و بناء العاريه على النقص بالاستعمال.

و

قول الصادق عليه السلام فى صحيح ابن سنان (۱)المسؤول فيه عن العاريه «لا غرم على مستعير عاريه إذا هلكت إذا كان مأمونا»

و لعله لذا قطع به المصنف من دون نقل قول، هذا.

و لكن فى المسالك «ما قطع به المصنف هو أصح القولين، و فيه وجه آخر، و هو ضمان المتلف فى آخر حالات التقويم، لان الظاهر عدم تناول الإذن للاستعمال المتلف، و إن كان داخلا فى الإطلاق. نعم لو كان قد شرط الضمان فى العاريه ضمن، و سيأتى الكلام فيه.

و نحو ذلك وقع له فى الروضه عند شرح قول الشهيد فى اللمعه «و لو نقصت بالاستعمال لم يضمن» قال: «و تقييده بالنقص قد يفهم منها أنها لو تلفت به ضمنها و هو أحد القولين فى المسأله، لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفا، و إن دخل فى الإطلاق، فيضمنها آخر حالات التقويم، و قيل لا يضمن أيضا كالنقص، لما ذكر من الوجه، و هو الوجه».

و الظاهر أن الذى أوقعه فى ذلك المحقق الثانى، فإن الفاضل فى القواعد قال «و يجب رد العين مع الطلب و المكنه، فإن أهمل ضمن، و لو تلف بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فإشكال ينشأ من استناد التلف إلى مأذون فيه، و من انصراف الاذن غالبا إلى استعمال غير متلف، فإن أوجبنا، ضمن بالقيمه آخر حالات التقويم، و كذا لو اشترط الضمان، فنقصت بالاستعمال ثم تلفت، أو استعملها ثم فرط، فإنه يضمن القيمه يوم التلف، فان النقص غير مضمون على اشكال، و للمستعير

الانتفاع بما جرت العاده، فلو نقص من العين شى ء أو تلفت بالاستعمال فلا ضمان إلا أن يشترط ذلك فى العاريه».

فقال فى شرحه: «لا يخفى أن هذا مناف لما سبق فى كلامه من الإشكال فى كل من المسألتين، و لو حملت العباره السابقه على استعمال غير مأذون فيه، و هذه على

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحكام العاريه الحديث ۳.

مـأذون فيه لم يتجه الاشـكال، بل يتعين الضـمان قطعا و لو حملت هـذه العباره على أن الباء التى فى قوله بالاسـتعمال بمعنى مع، فيكون التلف لا بسبب الاستعمال لاندفع التنافى، إلا أنه بعيد عن الظاهر».

و قال فى شرح العباره السابقه «الذى يقتضيه النظر أن الاستعمال المتلف متى كان بحيث يتناوله عقد العاريه لا يستعقب ضمانا» و اختاره فى التحرير و فيه قوه.

نعم لـو شـك فى تنـاول اللفـظ إيـاه فالضـمان قوى، و لاـ اسـتبعد أن يكون من صور الثـانى مـا لو أذن له بلبس الثوب و لم يزد، بخلاف ما لو أذن فى كل لبس، أو فى لبسه دائما، لأن إذنه فى لبسه فى الجمله لا تقتضى الاذن فى كل لبس».

قلت: لعل التأمل الجيد تقتضى أن هنا مقامين.

أحـدهما: النقص و التلـف الواقعـان بسـبب الاسـتعمال المعتـاد، و لو من جهه الاتفـاق فى مثـل تلـك العين، كمـا لو اسـتعار دابه للركوب أو الحمل، و لم يزد على المعتاد، و اتفق تلفها بنفس ذلك الاسـتعمال، لعثره أو نحوها، و هـذا هو المناسب للقطع بعدم الضمان فيه، للنص و الفتوى.

الثـانى: التلـف بالاسـتعمال بسـبب اسـتدامته و اسـتمراره المقتضـى لاستيفـاء عمره بالنسـبه إلى ذلـك العين، و هـذا هو المناسـب للإشـكال فى الضـمان به، باعتبار اقتضاء إطلاق عقـد العاريه تناوله، و عدمه إلا مع التصـريح، و لعل الضـمان به حينئذ وجيه كما أوضـحه المحقق الثانى، و بذلك ظهر لك الفرق بين المقامين، و وجه الجزم من المصنف و الفاضل و غيرهما بعدم الضمان فى الأول منهما، بخلاف الثانى الذى قد ذكر مثاله الفاضل بقوله كثوب انمحق باللبس فتأمل جيدا، فان التحقيق فى المسأله ذلك، و إن أبيت عن قبول تنزيل بعض العبارات عليه، و الله العالم.

و كيف كان فيعتبر فى المستعير إثبات سلطنته على العين المستعاره ف لا يجوز للمحرم أن يستعير من محل صيدا، لانه ليس له إمسـاكه بـل يجب عليه إرسـاله و حينئـذ ف لو أثم و أمسـكه ثم أرسـله ضـمنه و إن لم يشترط عليه ذلك فى العاريه، و وجوب ذلك عليه لا ينافى ضمانه لمالكه، و إن

أقدم على إعارته لمن يكون تكليفه إتلافه بالإرسال، فإن ذلك لا يقتضـى ذهاب حرمه ماله، كما لا يقتضى إبطال سببيه الضمان الحاصله من عموم قوله (۱)«من أتلف مال غيره فهو له ضامن» و عدم الضمان بالعاريه الفاسده لقاعده عدمه فى الصحيح منها مع تسليمها فى صوره العلم إنما تتم فى التلف بغير تفريط لا الإتلاف، و دعوى- عـدمه فى المقام أيضا باعتبار كون تكليفه ذلك- يمكن منعها أولا: لإمكان دعوى وجوب تسليمه إلى صاحبه، ترجيحا لحق المخلوق على حق الخالق، و ثانيا: بعد تسليمها بمنع ما دل على عدم ضمان العاريه فى الفرض، لا أقل من الشك، فيبقى عموم من أتلف، و أصاله احترام المال بحاله.

و على كل حال فمن ذلك ظهر لك أنه لا وجه للإشكال فى الجزم بالضمان من المصنف و الفاضل و غيرهما بعدم الدليل عليه «لقاعده مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» ضروره كون المراد الضمان فى الفرض المزبور، لا ما إذا تلفت فى يده من غير تفريط فيه، كى يتوجه عليه الإشكال المزبور، و إن كان إطلاقهم يوهم ذلك، لكن من المعلوم إرادتهم الفرد الذى ذكرناه، فإنه الموافق لذكر مسأله المحرم بخصوصه.

و لو كان الصيد فى يد محرم فاستعاره المحل أى أخذه بصوره العاريه جاز أخذه للمحل للأصل و لأن ملك المحرم زال عنه بالإحرام فأخذه حينئذ منه كما يأخذ من الصيد ما ليس بملك فيملكه حينئذ بالاستيلاء أو مع نيه الملك على الوجهين فى تملك المباح، و حرمه الدفع إلى المحل على المحرم لتعين الإرسال عليه لا ينافى جواز الأخذ للمحل، و ليس هو من الإعانه

على المحرم قطعا، و إن وجب الفداء على المحرم مع التلف فى يد المحل، و بذلك يرتفع دعوى التساهل فى عباره المصنف، مع أن الأمر سهل بعد وضوح المقصود، و هو إراده الفرق بين صوره العاريه من المحل للمحرم، و بالعكس كما هو واضح و الله العالم.

۱- ۱ قاعده مستفاده من مضامين الاخبار.

و لو استعار مستعير من الغاصب و هو لا يعلم بغصبه كان قرار الضمان للمنفعه الفائته على الغاصب لغروره و إن كان للمالك أيضا إلزام المستعير بما استوفاه من المنفعه أو فاتت في يده لعموم «من أتلف(۱)»

و «على اليد»(۲)

كما هو المشهور بين الأصحاب في المقام، و في الغصب عند ذكر حكم الأيادى المترتبه على يد الغاصب.

و لكن يرجع المستعير على الغاصب لأنه أذن (۱۱) له في استيفائها بغير عوض (۱۲) و على ذلك أقدم، فهو غار حينئذ له، فيرجع حينئذ عليه لقاعده «المغرور يرجع على من غره» و الوجه (۱۳) عند المصنف و الفاضل تعلق الضمان بالغاصب حسب (۱۴) فليس له حينئذ رجوع على المستعير، لأنه أقوى في الإتلاف، و إن حصل في يد غيره، إلا أنه لما كان جاهلا مغرورا، و الغاصب عالما غارا، صار هو أولى في نسبه الإتلاف، و كذا لو تلف العين في يد المستعير (۱۵) و لم تكن مضمونه عليه، بل

قيل إن الرجوع ظلم محض، لأنه جاهل، إلا أن ذلك كما ترى لا يقتضى عدم الرجوع على المستعير، لقاعده اليد، و الإتلاف، و قول على في المرسل(۳)

و خبر إسحاق بن عمار(۴)عن أبي عبد الله عليه السلام، و أبي إبراهيم عليه السلام «إذا استعيرت عاريه بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن»

و إنما يتوجه له الرجوع بقاعده الغرور، و هو لا ينافى أصل ضمانه، اللهم إلا أن يقال: إن قاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» تقتضى ذلك، و لعلها المدرك للمصنف و غيره في الحكم بعدم الضمان، لا ما في المسالك من الأول.

و من الغريب ما فيها من موافقته على جريانها في المقام حتى استدل بجزء الإثبات منها على ضمان الجاهل في العاريه المضمونه مع إنكاره على المصنف الحكم

۱- ۱ قاعده مستفاده من مضامين الاخبار.

۲- ۲ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب كتاب العاريه الحديث ۱۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من أبواب كتاب العاريه الحديث ۱.

بعدم الضمان.

نعم يمكن الرد على المصنف بإنكار الدليل عليها في المقام، إذ من المعلوم أن المسلم من هذه القاعده ما وافق الأدله منها، ضروره عدم دليل بالخصوص عليها و ليس الفاسد من حيث كونه فاسدا يترتب عليه ما يترتب على الصحيح، بل مقتضى فساده عدم ترتب أثر الصحيح عليه، كما هو واضح. و ليس في الأدله

ما يوافق مضمونها بل قد عرفت أن قاعده اليد و عموم من أتلف و المرسل و الخبر الضمان، و إن اقتضت قاعده الغرور، الرجوع على الغاصب، و دعوى الإجماع عليها معلومه الفساد في المقام، إذ المشهور بين الأصحاب الضمان هنا مع الجهل، و إن رجع بقاعده الغرور كدعوى عموم ما دل على عدم الضمان بالعاريه للمقام، لأنها اسم للأعم من الصحيح و الفاسد، ضروره تخصيص العموم بالخبر و المرسل السابقين المعتضدين بالشهره بين الأصحاب التي هي المرجحه أيضا لعموم من أتلف و على اليد عليه، بل قد يدعى انسياق الصحيح من أكثر هذه الاحكام فلا تعارض حينئذ، و من ذلك و غيره يعلم عدم كون المقام فردا من القاعده المزبوره، أو خارجا عنها، كحال العلم للمستعير الذي أشار إليه بقوله.

أما لو كان عالما كان ضامنا، و لم يرجع على الغاصب بشي ء لعدم غروره و لانه غاصب، بل لو أغرم المالك الغاصب المعير حيث أن له الرجوع عليه رجع هو على المستعير الذي استقر الضمان عليه بحصول التلف عنده مع عدم غروره، بل الظاهر أنه يرجع عليه أيضا بقيمه العين لو رجع عليه المالك و إن كان جاهلا، إذ كان قد أقدم على العاريه مضمونه باشتراط الضمان أو كانت ذهبا أو فضه، لعدم غروره حينئذ، بل هو كذلك لو صدر منه ما يقتضي الضمان من تعد أو تفريط.

نعم لا يرجع عليه المالك بعوض المنافع التي استوفاها المستعير بعنوان العاريه لو رجع عليه المالك، لإقدامه عليها مجانا، بل هو يرجع على المعير الغاصب لو رجع المالك عليه بها لقاعده الغرور.

لکن قد یناقش بما عرفت من ظهور أدله ضمان العاریه المشترط فیها الضمان و إذا کانت ذهبا أو فضه فی الصحیح منها، أما الفاسده فلا یترتب علی الشرط فیها و لا علی کونها ذهبا و فضه ضمان من هذه الجهه، و إنما یترتب الضمان بقاعده الید، و الخبرین السابقین، و حینئذ رجوع المعیر علیه بقیمه العین باعتبار صیرورتها عوضا شرعا عما أداه عنها برجوع المالک علیه، و الفرض عدم الغرور منه.

لا یقال:- إن ذلک یقتضی رجوع المستعیر علی المعیر أیضا لو رجع علیه المالک فی العاریه المضمونه و إن لم یکن ثم غرور، لکنه بأدائه قیمه العین المضمونه علیه للمالک، نحو ما سمعته فی رجوعه علیه- للفرق الواضح بینهما، بحصول التلف فی یده الذی هو سبب فی شغل ذمته بالقیمه للمالک، بخلاف الأول المخاطب فی الحقیقه برد العین أو قیمتها ممن هی فی یده، إذ لا وجه لخطابهما بقیمتین، و البدلیه المتشخصه بالخیار لا دلیل علیها، بل ظاهر الأدله خلافها، فلیس حینئذ إلا ما ذکرنا من کون القیمه فی ذمه من حصل التلف فی یده، و الآخر مخاطب بإرجاع ذلک منه و إلا فبالغرامه عنه، فإذا أدی صار ما فی ذمته له عوضا شرعیا، إذ لا وجه لملک الغاصب، فقام الإذن الشرعی بالأداء عنه مقام الاذن منه بذلک، بخلاف ما لو أدی هو فإنما یؤدی عن نفسه، و بذلک اتضح وجه الرجوع علی من حصل التلف فی یده من ذی الأیدی المتعاقبه دونه، إلا إذا کان مغرورا، فإنه یستحق الرجوع بما یغرمه بقاعده «المغرور یرجع علی من غره».

و بذلک اتضح لک هنا رجوع المعیر علی المستعیر العالم لو رجع علیه، دونه و کذا الجاهل بالقیمه إذا کانت العین مضمونه علیه إذ المسأله فرد من أفراد مسأله تعاقب الأیدی فتأمل جیدا، فإنک لا تجد تحقیق ذلک فی غیر هذا الکتاب، بل هو التحقیق فی أطراف المسأله.

و منه یعلم التشویش فی جمله من کلماتهم، خصوصا ما یحکی عن تذکره الفاضل فی تذنیب ذکره من أنه «لو استعار من غیر المالک عالما أو جاهلا ضمن، و استقر الضمان علیه، لان التلف حصل فی یده، و لا یرجع علی المعیر، و لو رجع المالک علی المعیر

كان للمعير الرجوع على المستعير» إذ هو كما ترى مناف لقاعده الغرور فى الجاهل.

و كذا ما حكاه فى المسالك عنها و عن القواعد فى مسأله المستعير من المستعير، من إطلاق الإشكال فى رجوع المستعير على المعير لو رجع المالك عليه مطلقا، و فى رجوع المعير على المستعير الجاهل، مع حكمه فى المستعير من الغاصب بخلاف ذلك، فإنه لا يخفى عليك ما فى ذلك، و لا ما فى الذى ذكره فى المسالك و غيرها هنا من الدليل، بعد الإحاطه بما ذكرناه الذى هو من فصل الخطاب المودع عند أئمه أولى الألباب، و الله الهادى إلى الصواب.

[الفصل الثالث فى العين المستعاره]

الفصل (الثالث، فى العين المستعاره) و ضابطها المستفاد من الفتوى و معقد الإجماع و نفى الخلاف و الاقتصار على المتيقن من إطلاق النص، عدا ما خرج من المنحه بدليله هى كل ما يصح الانتفاع به شرعا مع بقاء عينه منفعه معتدا بها عند العقلاء، و لو غير معتاده من تلك العين كالثوب و الدابه و الدار و الدراهم للتزين بها، أو لارهانها و نحوها، لا مثل الأطعمه و الأشربه و نحوهما لإراده الانتفاع بها بالأكل و الشرب و نحوهما، مما يكون منفعه بإتلاف عينه، و لا مثل أوانى الذهب و الفضه، للأكل و الشرب، و كلب الصيد للهو و الطرب، و الجوارى للاستمتاع بهن، بلا خلاف و لا إشكال فى شى ء من ذلك.

نعم فى الرياض «إلا- فى المقصود بقولهم لا- يجوز إعاره ما لا- يمكن الانتفاع به إلا بإتلافه فإنه غير واضح إن ظهر من المعير الرضا بإتلاف العين بقوله أعرتكه مع القرينه، فإن المعيار فى جوازه هو رضاه به، و قد حصل فى محل الفرض، و إن هو إلا كالهبه و الإباحه، و إن عبر عنهما بلفظ العاريه، و لا مدخل للفظ الفاسد معناه فى اللغه و العرف.

نعم حيث لا يعلم الرضا بالإتلاف إلا به، اتجه ما ذكروه، لاشتراط استفادته

منه بـدلالته عليه، و لو بالالـتزام، و دلالـه لفـظ العاريه بمجرده على الإتلاف فاسـده، لعـدم اسـتنادها إلى عرف أو لغه، لأن وضـع العاريه فيها بحكم الوضع و التبادر إنما هو لما لا يتم الانتفاع به إلا مع بقاء عينه، و لعل هذا هو مراد الأصحاب.

قلت يمكن أن يكون مرادهم ترتب الضـمان على الإتلاف المزبور، و إن كـان بالإذن، إلا أنهـا بعنوان العـاريه، زعما منه عموم موضوعهـا أو تشريعا، و دعوى- كونه هبه أو اباحه و ان كـان الـدفع بهـذا العنوان- واضـحه البطلان، إلا أن ينصب قرينه على إرادتهما من اللفظ المزبور، و قد ذكرنا سابقا أن كثيرا من أفراد العقود يميزها القصد، فمتى وقع منه بهذا العنوان، و الفرض عدم كونه فردا منه لم يجر عليه شى ء من حكمه، بل يجرى عليه ما تقتضيه القواعد فى مثله.

نعم قد يتوقف فى ضـمانه من غير تعد. و لا تفريط من قاعده «ما لا يضـمن بصـحيحه لا يضـمن بفاسده» و من خروجه عن أصل موضوع العاريه حتى الفاسد، و لعل الأخير هو الأقوى فى النظر.

و كيف كان فلا إشكال فى أنه تصح استعاره الأرض للزراعه و الغرس و البناء و لكن يقتصر المستعير على القدر المأذون فيه كما هو صريح المسالك و الروضه و غيرهما، و ظاهر الدروس و اللمعه، لأصاله حرمه التصرف فى مال الغير بغير اذنه فلا يجوز التعدى إلى الأدنى فضلا عن المساوى.

و قيل كما عن المبسوط و الغنيه و السرائر يجوز أن يستبيح ما دونه فى الضرر لا ما فوقه كأن يستعير أرضا للغرس فيزرع فيها لا العكس، بـل عن الأول نفى الخلاف فيه بل فى القواعد و عن التـذكره و التحرير التصريح بجواز المساوى أيضا، بل عن جامع المقاصد ظاهر كلامهم أن الحكم بذلك إجماعى.

و لكن لا ريب فى أن الأول أشبه بأصول المـذهب و قواعـده، المقتضـيه عدم جواز التعدى عن غير المأذون، و إن كان أدون أو مساويا، بعـد فرض عـدم حضوره فى الـذهن عنـد الاذن، و دعوى الانتقال إليه من الاذن فى المعين للمساواه أو الأولويه واضـحه المنع، فإن المساواه فى الانتفاع بالنسبه إلى الأرض أو الدون لاقتضى المساواه

فی الاذن کما هو واضح.

نعم لو أرید من التعیین التقدیر فی الاذن فی المنفعه و لو بالقرینه اتجه حینئذ التخطی، و الا فلا، من غیر فرق بین المساوی و الأدنی، فما فی الریاض- من الفرق بینهما بالأولویه فی الثانی دون الأول- واضح المنع.

نعم قد یعلم من الفحوی الاذن فی بعض المنافع، لکن ذلک لا یدخلها فی العاریه إلا إذا کانت و لو بالقرینه من حیث الإعاره للمنفعه المعینه فی العقد علی إشکال، بخلاف الفحوی من غیر ذلک، إذ هو حینئذ کغیره من الأعیان المتناوله بالفحوی، و کان هذا هو السر فی اشتباه بعض الاعلام فی المقام. و الله الحافظ من زلل الاقدام و الأقلام هذا کله مع الإطلاق، و إلا فلا إشکال فی عدم الجواز مع النهی.

و علی کل حال فلو تعدی و فعل الأضر فعلیه الأجره للمالک تامه علی الأقوی بمعنی أنه لا یسقط منها ما قابل قدر المأذون فیه من المنفعه، للأصل السالم عن المعارض من غیر فرق فی ذلک بین المخالفه للنهی، أو للإطلاق المفروض عدم تناوله.

لکن فی القواعد «و لو أذن فی زرع الحنطه تخطی إلی المساوی و الأدون، لا الأضر، و لو نهاه حرم، و علیه الأجره لو فعله، و الأقرب عدم إسقاط التفاوت مع النهی، لا الإطلاق» و فیه أن التخطی فی الحالین غیر مأذون فیه، أقصاه أنه فی إحداهما نص علی المنع و فی الأخری جاء المنع من أصل الشرع، فهو کمن استوفی منفعه ملک غیره بغیر إذنه، أو مع نهیه بالنسبه إلی استحقاق الأجره.

اللهم إلا أن یقال: إنه مع النهی یحصل تقیید المنفعه المأذون بغیر المنهی عنها، أما مع الإطلاق فله استیفاؤها فی ضمن أی فرد، و لو ما لا یدخل فی المطلق، إلا أنه یضمن حینئذ الزائد علیها، لکنه کما تری.

نعم لو أذن له فی تحمیل دابه قدرا معینا فزاد علیه ضمن أجره الزائد قطعا. و تسقط أجره قدر المأذون، کما صرح به غیر واحد، بل قطع به بعضهم، و مثله لو زرع المأذون و غیره، و ما لو رکبها و أردف غیره، مع أن السقوط لا یخلو أیضا

من نظر، ضروره ظهور تقييد الاذن فى الأقل بعدم دخوله فى ضمن الأكثر، فيستحق حينئذ أجره الجميع، و الاولى جعل المدار على ما يفهم من العباره، و لعله مختلف و الأصل اختصاص الغرامه بالزائد، و هو مراد الجماعه و الله العالم.

و كذا يجوز استعاره كل حيوان له منفعه كفحل الضراب و ان استلزم إتلاف عين مائه، إلا أنه من التوابع للنزو و إدخال الفرج و نحوهما التى لا تقدح، أو علم بالسيره جوازها، و الكلب و السنور و غيرها من الحيوانات المملوكه و إن لم يكن لها منفعه يصح التكسب بها، ضروره وضوح الفرق بين سفه التكسب و الإباحه بلا عوض و العبد للخدمه، و المملوكه و لو كان المستعير أجنبيا منها و كانت شابه جميله، بلا خلاف أجده فيه عندنا، خلافا لبعض العامه، فمنع عاريه الشابه الجميله لمن لا يوثق به، لبعض الوجوه الاستحسانيه التى ليست من مدارك الأحكام الشرعيه عندنا.

نعم قيل: يكره إعارتها للأجنبى، و تتأكد إذا كانت حسناء خوف الفتنه، بل عن التذكره و غيرها تأكدها فى الشابه لمن لا يوثق به، كما صرح غير واحد كراهه استعاره الأبوين للخدمه، و بالاستحباب للرفاهيه، و الأمر سهل.

و لا خلاف ظاهرا كما اعترف به بعضهم فى أنه يجوز استعاره الشاه للحلب و هى المسماه ب المنحه بل عن بعض متأخرى المتأخرين الإجماع عليه و هو إن تم كان الحجه فى مخالفه الضابط السابق، لا الأصل المقطوع بما سمعت، و لا تسلط الناس على أموالها الذى لا يقتضى مشروعيه العاريه، و لا كونه كالوكاله فى الانتفاع، و لا الحاجه إليها كى يناسب شرعها سهوله المله و سماحتها، و لا غير ذلك مما ذكر فى كلام بعض متأخرى المتأخرين مما لا يصح لإثبات مشروعيتها عاريه المنافى للضابط السابق، بناء على أن المنفعه إذا كانت عينا لا تدخل، و إن سميت منفعه و صح تسبيلها فى الوقف، إلا أن مورد الإجاره و العاريه ما ليس بعين من المنافع إلا ما خرج بالدليل، للإجماع بحسب الظاهر على ذلك، و لانه المتيقن من النص و الفتوى

و حینئذ فلا بد لعاریه المنحه من دلیل، و لیس إلا الإجماع إن تم، إذ لم نجد فی شی ء من نصوصنا الداله علیها.

نعم فی التذکره الاستدلال علیها ب

ما عن النبی صلی الله علیه و آله (۱)«العاریه مؤداه، و المنحه مردوده، و الدین یقضی، و الغریم غارم»

و هو مع أنه من طرق العامه لا دلاله فیه الا علی مشروعیه المنحه التی یمکن استفادتها من السیره المستقیمه أیضا، و هو لا یقتضی کونها عاریه، بل لعله ضرب من الإباحه، بل لعل الخبر المزبور ظاهر فی کونها لیست من العاریه، و أغرب من ذلک الاستدلال علیه ب

حسن الحلبی عن الصادق علیه السلام (۲)«فی الرجل یکون له الغنم یعطیها بضریبه سنه شیئا معلوما أو دراهم معلومه من کل شاه کذا

و کذا قال: لا بأس بالدراهم و لست أحب أن یکون بالسمن»

و صحیح ابن سنان (۳)«سأله أیضا عن رجل دفع الی رجل غنمه بسمن و دراهم معلومه، لکل شاه کذا و کذا فی کل شهر، قال: لا بأس بالدراهم و أما السمن فما أحب ذلک الا أن تکون حوالب فلا بأس بذلک»

بتقریب أنه إذا جاز مع العوض فبدونه أولی، إذ هو کما تری لا یقتضی الجوار عاریه، کما أن جوازه مع العوض إما لکونه قسما من الصلح، أو أن ذلک بخصوصه مشروع.

و علی کل حال فلا دلیل سوی الإجماع المدعی إن تم، و ظنی أنه مأخوذ من معلومیه مشروعیه المنحه من الفتاوی و السیره المستمره لکنه کما عرفت لا یقتضی الجواز عاریه، و لعله قسم من الإباحه، و حینئذ یتجه التعدی إلی غیر الشاه، کما هو المتعارف فی هذا الزمان فی البقر، و إلی غیر اللبن کالصوف و الشعر و الوبر، أما علی العاریه فلا وجه للتعدی المزبور مع مخالفته للضابط السابق، کما لا یتعدی من جوازه عاریه إلی جوازه إجاره، بعد اتحادها مع العاریه فی الضابط السابق، و ربما تختص الإجاره بالجواز للرضاع فی الإنسان بخلاف العاریه، فلا یجوز استعاره الأمه له حینئذ، و إن جاز استیجارها، و أغرب من ذلک ما عن الغنیه فی باب الهبه «و من

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۸۹ و فیه و الدین مقضی.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب عقد البیع و شروطه الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۹- من أبواب عقد البیع و شروطه الحدیث- ۴.

منح غيره بقره أو ناقه أو شاه لينتفع بلبنها مده لزمه الوفاء بذلك، إذا قصد بها وجه الله تعالى شأنه» إذ هو كما ترى لا يدخل فى الهبه قربه إلى الله تعالى لتجده الحلب آنا فآنا، كما لا دليل على لزومها منحه أو عاريه ما لم يكن ملزم خارجى من عهد أو نذر أو يمين أو اشتراط فى عقد لازم كما هو واضح. هذا.

و فى بعض نسخ الكتاب و لا يستباح وطى الأمه بالعاريه، و فى استباحتها بلفظ الإباحه تردد، و الأشبه الجواز و تعرف الكلام فيه إنشاء الله تعالى فى كتاب النكاح عند تعرض المصنف له و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال فى أنها تصح الإعاره مطلقه و مده معينه لإطلاق الأدله، لكن المراد بصحتها مده، عدم الاذن فيما بعدها، لا لزومها إليها نحو ما سمعته فى عقد القراض، و حينئذ ف للمالك فى الحالين الرجوع بها لما عرفت من كونها عقدا جائزا.

و من ذلك ما لو أذن له فى البناء أو الغرس مطلقا أو إلى مده، ثم أمره بالإزاله وجبت الإجابه خلافا للمحكى عن أبى على فلم يوجبها قبل انقضائها فى خصوص عاريه الأرض القراح للغرس و البناء، بل فى محكى المبسوط إذا أذن له أى فى الغرس إلى سنه و رجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف، إلا أنه مع عدم كونه خلافا فى جواز العاريه، لما عرفته سابقا من أعميه عدم وجوب القلع لذلك ضروره تحقق انفساخها بالفسخ و إن لم يلزمه الإجابه، لكن تتعين عليه الأجره مثلا.

و كذا الكلام ف (۱۱) ى عاريه الأرض للزرع (۱۲) فان له الرجوع و لو قبل إدراكه على الأشبه (۱۳) بأصول المذهب و قواعده التى منها معلوميه جواز عقد العاريه الذى منه محل البحث، خلافا للمحكى عن الشيخ و ابن إدريس من وجوب الوفاء على المعير فى الزرع إلى حين إدراكه، لأن له وقتا ينتهى إليه، و ظنى أن مرجع كلامهما إلى عدم وجوب الإزاله، لا إلى عدم جواز العاريه، و بينهما فرق واضح.

و الذی یقتضیه النظر فی المسأله أنه لا ینبغی التأمل فی جواز عقد العاریه هنا لعموم ما دل علیه، و

عموم (۱)«تسلط الناس علی أموالها»

و أنها قسم من الإباحه و البر و الإحسان و غیر ذلک، إنما الکلام فی حکم الغرس و البناء و الزرع بعد فسخها ضروره رجوع الأمر حینئذ إلی تزاحم الحقوق، إذ المستعیر لیس ظالما فی عرقه و قاعده لا ضرر و لا ضرار جاریه فی المقام بالنسبه إلیهما معا.

و من هنا قال المصنف و غیره و علی الآذن الأرش فاحتمال تسلط المعیر علی الإزاله مطلقا بلا أرش للأصل، و لأن المستعیر هو الذی أدخل الضرر علی نفسه بإقدامه علی العاریه التی یجوز فسخها فی کل وقت، لا یخفی علیک ما فیه، لانقطاع الأصل بما عرفت من القاعده، و الاقدام علی العاریه أعم من الاقدام علی الضرر

المبنی علی اقتضاء التسلط بفسخها علی ذلک، و هل هو الا مصادره؟

و من هنا نفی الخلاف بعضهم عن وجوب الأرض فی المقام و إن استشکل فیه بعضهم إلا أن الاشکال لیس خلافا، کما أنه یمکن نفیه أیضا عن تقدیمه علی المستعیر و إن بذل الأجره، و لعل ذلک کاف فی ترجیحه علی الأخر عند المزاحمه لو أراد بذل الأجره للبقاء، أو القیمه للأرض، و لذا کان المتجه فیهما التراضی لدفع صاحب الأرض قیمه الغرس.

أما موثق

محمد بن مسلم (۲)عن أبی جعفر علیه السلام- «فی رجل اکتری دارا و فیها بستان فزرع فی البستان و غرس نخلا و أشجارا و فواکه و غیر ذلک، و لم یستأمر صاحب الدار فی ذلک، فقال: علیه الکری و یقوم صاحب الدار الزرع و الغرس قیمه عدل، فیعطیه الغارس إن کان استأمره فی ذلک، و إن لم یکن استأمره فی ذلک فعلیه الکراء و له الغرس و الزرع و یقلعه و یذهب به حیث شاء»

- فلم أجد عاملا به، عدا ما عن المبسوط من إجبار الغارس علی القبول مع دفع القیمه، مع أنه مضطرب، لأنه علی ما فی الکافی بعد قوله فیعطیه الغارس، «و إن کان استأمره فعلیه الکری و له الغرس

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبعه الحدیثه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۳ من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۱.

و الزرع يقلعه و يـذهب به حيث شـاء» و حينئـذ يكون دالا- على أن لصـاحب الأـرض المغصوبه تملـك مـا زرعه الغاصب فيها و غرسه، كما عن أبى على رحمه الله.

و لا ريب فى منافاته حينئـذ لأصول المذهب و قواعده، و يأتى إنشاء الله تمام الكلام فى ذلك فى كتاب الغصب. و لكن لا كلام هنا فى ترجيح جانب المعير على حسب ما عرفت و الله العالم.

إنما الكلام فى أمرين أحـدهما: عـدم التسـلط على الإزاله إلا بعـد دفع الأرش و لعله الظاهر من قول المصـنف و ليس له المطالبه بالإـزاله من دون الأـرش بـل جزم به فى المسالـك و ظـاهره الإجمـاع عليه، قـال: «لا- تجب اجابته الى القلع قبل دفعه و ان بـذله لاحتمال تعذر الرجوع عليه بإفلاس أو غيبه و نحوهما، فيضـيع حق المسـتعير و يلزم الضـرر، بخلاف ما لو دفع أولا، فإن غايته أن يهرب المسـتعير أو يتعـذر مباشـرته للقلع، فيباشـره المعير بـاذن الحاكم مع إمكانه، أولا معه مع تعـذره، و تعـذر اذن المالك، فلا يحصل الضـرر، ثم قال: لكن هـذا الـدفع نوع من المعاوضه، و من شأنها أنهما مع الاختلاف يجبران على التقابض معا من غير أن يسبق أحـدهما الآـخر، و انما حكم هنا بسـبق دفع الأرش، لأن المعيه غير ممكنه، و فى بسط الـدفع على الأجزاء حرج و عسـر، و الضرر عن الدافع مندفع، بخلاف العكس، فلذلك حكموا بتقدمه».

قلت يمكن اراده المصـنف عـدم السـلطنه له على المطالبه بإزالته مجانا، و ليس هو بصدد سـبق الدفع و تأخره و مقارنته، ضـروره كون ذلك من الأحكام لا المعاوضات، بمعنى تسـلط المعير على طلب الإزاله من المستعير، و عليه الأرش، فلكل منهما حق على الآخر لا مـدخليه له فيه، و عصـيان أحدهما فيه لا يقتضـى الجواز للآخر، و كلام المصـنف و ما شابهه انما هو فى عدم اسـتحقاق الإـزاله بـدون اسـتحقاق الأـرش، لا- بـدون سـبق دفع الأـرش الـذى لم يقم عليه دليل معتبر، بل لعل ظاهر الأدله خلافه، و الأمور الاعتباريه مع انها غير تامه لا تصلح لان تكون مدركا شرعيا و الله العالم.

ثانيهما: أن المراد بالأرش على ما فى المسالك هو تفاوت ما بين كونه منزوعا من

الأرض و ثابتا قال: «و هل يعتبر فيه مجانا أو بأجره؟ كلام الشيخ صريح فی الأول و هو الظاهر من كلام المصنف و الجماعه، مع احتمال اعتبار الثانی، بل اختاره بعد ذلک، و حكاه عن التذكره قال: لان جواز الرجوع فی العاريه لا معنی له، الا أن تكون منفعه الأرض ملكا لصاحبها لا حق لغيره فيها، و حينئذ فلا يستحق الإبقاء فيها الا برضاه بالأجره، و حق المستعير يجبر بالأرش، كما أن حق المعير يجبر بالتسلط علی القلع، و يأخذ الأجره لو اتفقا علی إبقائها».

قلت: قد أطنبنا سابقا فی نظير المسأله و قلنا إنه لا وجه لاعتبار البقاء مجانا أو بالأجره فی التقويم بعد فرض عدم استحقاق شی ء منهما لذی الغرس أو البناء، بل هو فی بعض الأفراد كمال الضرر علی المعير، خصوصا مع ملاحظه البقاء مجانا فی التقويم.

فالمتجه حينئذ أن المراد بالأرش هو تفاوت حالی الشجره بالقلع و عدمه إن كان، و نقص آلات البناء بسبب الهدم، بمعنی ضمان نقصها الحاصل بالقلع و الهدم من حيث كونه قلعا و هدما، من غير ملاحظه البقاء مغروسا و مبنيا، الذی هو غير مستحق للمستعير لا مجانا و لا بأجره.

و لعله المراد فيما حكی عن المبسوط و غيره من أنه التفاوت بين كونها مقلوعه و قائمه من غير مراعاه للبقاء، بل يكون المعير حينئذ مع استحقاقه القلع كالغاصب فی الغرامه، بل ربما استغرقت القيمه بملاحظه ذلک، خصوصا مع المجانيه أضعاف قيمه الأرض كما هو واضح بأدنی تأمل هذا.

و قد يتوهم من إطلاق المصنف عدم الفرق فيما ذكره من الأرش بين انقضاء الوقت فی الموقته و بين الرجوع قبله، و وجهه فی الثانی واضح، ضروره كون الرجوع قبل الوقت كالرجوع فی المطلقه، أما ثبوته فی الموقته بعد انقضاء الوقت فقد يشكل، بأن فائده التوقيت ذلک.

و من هنا جزم فی القواعد و محكی التحرير و جامع المقاصد بأن له الإلزام

بالقلع مجانا.

لكن عن التـذكره أن فائده التوقيت تجديد الغرس للمستعير فى كل يوم إلى انقضاء المده، إلى أن قال: «ثم للمالك الرجوع فى العاريه قبل انقضاء المده بالأرش و بعدها مجانا إن شرط المعير القلع، أو نقص البناء بعد المده، أو شرط عليه القلع متى طالبه به عملا بالشرط، فإن فائدته سقوط الغرم، فلا يجب على صاحب الأرض ضمان ما نص الغرس بالقلع- و إن لم يكن شرط القلع و اختاره المستعير كان له ذلك، و إن لم يختر القلع و أراده المعير فلا بد من الأرش».

إلاـ أنه لاـ يخفى عليك ما فيه من منافاته لا صاله براءه الـذمه السالمه عن المعارض ضروره عـدم حق له بعـد انتهاء المـده، و لا مدخليه لاشتراط القطع و عدمه، كما لو استأجر منه أرضا لذلك مده فانتهت، و أراد المالك تفريغ أرضه.

نعم قـد يتوقف فيمـا لو أعاره للزرع مـده معينه، فانقضت و لما يـدرك، لا لتقصـير منه بل لهبوب الرياح و قصور الماء و نحوهما مما هو ليس من تقصير المستعير، بل عن التـذكره الجزم باستحقاق الأرش كالعاريه المطلقه، و لعله باعتبار أن له مده تنتظر فلا يعتد بالتأقيت القاصر عنها.

لكن لا ريب فى أن المتجه أيضا

عموم «تسلط الناس على أموالهم(۱)»

و «أن المؤمنين عند شروطهم (۲)»

و لم يصدر الإباحه من المالك إلا إلى الأمد المخصوص الذى قد دخل المستعير على القلع

عند انقضائه، كما عن المحقق الثانى اختياره.

بل قال: ضعف الأول ظاهر لا يخفى، كما أنه قال: إن موضع الإشكال إذا لم يكن عدم الإدراك مستندا إلى تقصير المستعير، فإن أخر باختياره حتى ضاق الوقت وجب القلع مجانا قطعا و الله العالم.

و لو أعاره أرضا للدفن لميت محترم فدفنه فيها لم يكن له إجباره

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ الطبعه الحديثه.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

على قلع الميت و نبشه و إخراجه إلى أن يطمئن باندراسه بالنسبه إلى تلك الأرض على وجه لا ينافى احترامه، بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه.

و لعل ذلك هو المراد ممن حكاه على لزومها، لا ان المراد عدم جواز فسخها، فان له ذلك باعتبار كونها عقدا جائزا، و تظهر الثمره فيما لو اتفق نبشه من نابش فان إعادته حينئذ تحتاج إلى إذن جديده، و الأجره، بناء على استحقاقها فى مثله و فى غير ذلك.

لكن من المعلوم أن ذلك بعد تحقق الدفن الذى يحرم معه النبش أما الرجوع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت فلا كلام فى ترتب حرمه الدفن حينئذ عليه، بل صرح غير واحد من الأصحاب بأنه كذلك بعد الوضع قبل المواراه، لعدم صدق النبش حينئذ.

اللهم إلا أن يقال: إنه و إن كان كذلك إلا أنه يمكن دعوى مساواته له، لما فى الإخراج من هتك الحرمه، و لذا أمروا بقرض نجاسه الكفن فيه إذا لم يمكن غسلها، بل قيل: لم يجوزوا نقله إلى قبر آخر.

لكن الإنصاف عدم الاكتفاء بذلك دليلا لمثل ذلك، بل لولا الإجماع هنا على حرمه النبش لأمكن القول بجوازه، لعموم «تسلط الناس» و لأولويته من جمله من الأمور التى جوزوا النبش لها، مع أنه لا إطلاق و لا عموم على حرمته، كى يتمسك بهما إلا الإجماع الذى لولا اعتضاده بما هنا، لأمكن المناقشه فى تناول معقده لما هنا.

هذا كله إذا لم يكن للمستعير جهه جواز للنبش، و إلا لاتجه إلزامه به، و لو للنقل إلى المشاهد المشرفه بناء على جوازه لها و للمستعير أن يدخل إلى الأرض التى استعارها للغرس و البناء و الزرع للتنزه و لغيره. و لأن يستظل بشجرها فى نوم و يقظه لأن ذلك كله و نحوه من توابع مثل هذه العاريه فى العاده، و قد سمعت سابقا أن له الانتفاع بما جرت العاده به.

فما عن المبسوط و غيره من عدم الجواز فى غير محله، و إن وافقه عليه فى الجمله فى التذكره و القواعد، و جامع المقاصد، و المسالك، و الروضه، فلم يجوزوا دخوله

للتفرج، لأن الاستعاره وقعت لمنفعه معينه، فلا يتعداها. و إنما يجوز الدخول له لسقى الشجر و مرمه الجدر و نحوهما مما فيه مصلحه المال و صونه عن التلف.

إلا أنه كما ترى، بل لا يبعد أن يكون ذكر المصنف لذلك تعريضا بما سمعته عن المبسوط.

و منه يعلم ما فى المسالك فإنه قد أطنب فى بيان انفراد المصنف فى ذكر هذا الحكم للمستعير على ما وجده فى النسخ. قال: «و حقه أن يقول: للمعير. على ما وجدته فى سائر كتب الفقه التى تعرضوا فيها لهذه المسأله من كتبنا و كتب غيرنا».

و النكته بالنسبه إلى المعير واضحه، كما ذكرناه، و أما المستعير فعلى تقدير جواز استظلاله لا نكته فى تخصيصه من بين الوجوه التى ينتفع بها، ثم ساق جمله مما وجده من عبارات الأصحاب، إلى أن قال: نعم ذكر الشهيد فى اللمعه جواز استظلال كل منهما بالشجر، هو أجود من الاقتصار على المستعير إلا أن يجعل نكته الاقتصار عليه بيان الفرد الأخفى».

قلت: قد عرفت أن غرض المصنف و الشهيد التعريض بمن لم يجوز ذلك للمستعير، و اختصاصه بالمعير، باعتبار كونه مالكا للأرض، فله الدخول إليها و الاستظلال بما فيها، لعدم كونه تصرفا بغير أرضه، كالاستظلال بحائط الغير، و إنما يمنع من التصرف بالبناء أو الغرس، بخلاف المستعير الذى ليس له التصرف إلا فى المنفعه التى أباحها المالك له، و هى الغرس و البناء و الزرع و توابعها مما يصلحها و يحرسها عن التلف.

و لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرناه وجه النظر فى ذلك بل و فى انتفاع المعير فى البناء و الغرس من دون إذن المالك، بناء على أن مثله تصرف، كما جزم به بعض مشايخنا فأبطل الصلاه تحت السقف المغصوب، كما ذكرناه فى كتاب الصلاه، و لكن قد منعنا كونه تصرفا صلاتيا، ثم هو انتفاع به حال الصلاه.

و لعل كلام الأصحاب هنا مؤيد لما قلناه، بل ظاهرهم عدم حرمه ذلك مطلقا على المعير، إذ ليس هو إلا تصرفا فى أرضه، و إن قارن ذلك انتفاع له على نحو

الاستضاءه بنار الغير، و هو جالس فى ملكه.

إلا أن الانصاف عدم خلو ذلك من اشكال، مع فرض قصد استيفاء منفعه الاستظلال بالسقف دفعا للمطر و الحر و نحوهما، إذ هو إن لم يكن تصرفا فيه فلا ريب فى كونه انتفاعا به على وجه يضمن أجرته للمالك، هذا.

و ربما ظهر من بعضهم أن موضوع الحكم هنا ما إذا رجع المعير فى العاريه، و أن المراد بيان أن له قبل دفع الأرش و حصول القلع الدخول إلى أرضه و التصرف فيها و ان استلزم الاستظلال و نحوه بغرس الغير و بنائه، و ليس للمستعير الدخول إلا لمصلحه ماله و حفظه من سقى و مرمه بناء و نحوهما، بل ربما ظهر من بعضهم التوقف فى ذلك من دون استيذان أو لا.

و لكن لا يخفى عليك أنه مخالف لظاهر أكثر عبارات الأصحاب، و إن كان الحكم فى حد ذاته ممكنا، و الأمر سهل بعد فرض معلوميه الحكم على كل حال.

و كيف كان فقد تقدم فى كتاب الصلح من المصنف أنه لو أعار جداره لطرح خشبه و وضعها و طالبه بعد ذلك بإزالتها لم يكن له ذلك، لان المراد به التأييد، ثم استحسن الجواز، و قد ذكرنا هناك ما عندنا.

لكن قال هنا كان له ذلك، إلا أن تكون أطرافها الأخر مثبته فى بناء المستعير ف ليس له إلزامه بالإزاله، و إن بذل الأرش، لانه يؤدى إلى خرابه، و إلى إجباره على إزاله جذوعه عن ملكه أى المستعير، و هو المحكى عن مبسوط الشيخ و السرائر و الدروس.

و لكن فيه تردد من ذلك، و من معلوميه جواز عقد العاريه المقتضى لوجوب تفريغ ملك المعير، و إن توقف على تخريب ملكه، بل قيل: انه الذى أقدم على ذلك بإقدامه على العاريه، فهو فى الحقيقه الذى أدخل الضرر على نفسه.

نعم لما لم يكن ظالما فى وضعه، جبره الشارع بالأرش، و دعوى لزوم هذه العاريه باعتبار بنائها على التأييد و الدوام لا ترجع إلى محصل، يجوز الاعتماد عليه شرعا، بل لو بذل الأجره لم يلزم صاحب الجدار اجابته، ترجيحا لحق صاحب الجدار عليه

لفحوى مـا سـمعته فى الغرس و البنـاء الـذى قـد وافق الخصم عليه هناك، هـذا و قـد تقـدم فى كتاب الصـلح ماله نفع فى المقام فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و لو أذن له فى غرس شـجره مثلاـ فغرسـها، و بقيت مـده ف اتفق أنهـا ماتت أو انقلعت لهواء خارق و نحوه، جاز عنـد بعض أن يغرس غيرها استصحابا للإذن الأول التى لم يتعقبها رجوع.

و قيل: يفتقر إلى إذن مسـتأنف، و هو أشـبه بأصول المذهب و قواعده المقتضيه حرمه التصرف فى مال الغير بغير إذنه، إذ الأولى قد انتهت بحصول مقتضاها، و غرس الشـجره الأخرى شـى ء جديد، بل إن لم يكن ثم قرينه يشـكل إعاده غرسـها، إذ الظاهر أن الإذن فى الغرس كالأمر به تحقق بالمره.

نعم فى التذكره: «لو انقلع القصـيل المأذون له فى زرعه فى غير زمنه المعتاد، أو سـقط الجذع كذلك و قصر الزمان جدا فالأولى أن يعيده بغير تجديد الإذن، و لعله لأنه من الإذن الاولى، لعدم تحقق مقتضاها المأذون فيه. كما هو واضح.

بل هذه المسائل و نحوها مما لاحظ للفقيه فيها، لاختلافها باختلاف القرائن الحاليه، فضلا عن غيرها.

و لاـ إشـكال كمـا لا خلاف عنـدنا فى أنه لا يجوز إعاره العين المسـتعاره، إلا بإذن المالك ضـروره اقتضاء عقـد العاريه الإباحه لخصوص المستعير لا تمليكه إياها.

و كـذا لا يجوز له إجارتها (۱۱) بـل هو أولى منه، خلافـا لمـا عن بعض العامه من جوازه، قياسا على الإجاره، و هو مع بطلانه فى نفسه مـع الفـارق، فلاـ ريب فى عـدم جـوازه و لاـ غيره من النواقـل أو المـبيحه ل (۱۲) مـا عرفت من أن المنـافع ليست مملـوكه للمسـتعير، و إن كان له استيفاؤها (۱۳) بنفسه أو وكيله على وجه يعود الانتفاع له، مع كون العين فى يـده أو فى يـد الوكيل باذن المالك، و ليس هو من الإعاره.

ثم إن الظاهر كون الإعاره الثانيه مع فرض إذن المالک إنما هی من الأول مع فرض كون الإذن علی هذا الوجه، فإنه يصير حينئذ وكيلا و نائبا، فلا يقدح حينئذ جنونه و نحوه فی بقائها.

نعم إذا أذن له فی الإعاره لنفسه اتجه حينئذ كون الإعاره منه، و احتمال عدم مشروعيه هذا القسم باعتبار اشتراط كون المعير مالكا يدفعه إطلاق الأدله، و المسلم منه مع عدم إذن المالک، فيكون بالشرط حينئذ مالكا أو مأذونا.

و قد سمعت التسامح فی العاريه التی ذكر فيها المصنف صحه العاريه من الصبی بإذن وليه و ستسمع إنشاء الله فی الوكاله بإذن الموكل أنها تقع علی وجهين، الوكاله عن الموكل، و الوكاله عن الوكيل نفسه، نحو ما سمعته فی العاريه هنا، و لعل مثله يأتی فی الوديعه، و قد تقدم منا سابقا بحث فيه.

إنما الكلام فيما يستفاد من إطلاق الإذن، و لعل العاريه من المستعير نفسه أظهر الفردين منه، و لعل منه عاريه الدار مثلا علی أن يدخل فيها من شاء من عياله و غيرهم، فإن الإعاره لهم منه، لا من المعير، أو يقال: إن من انتفاعه انتفاعهم علی نحو انتفاع دوابه، و الأمر سهل.

و كيف كان فلو خالف و أعار الغير فلا ريب فی فساد العاريه، و لكن الكلام- فی رجوع المالک علی من شاء منهما بالعين و المنفعه، مع ضمان العين و عدمها- ما سمعته فی العاريه من الغاصب، و ما عن الفاضل من الفرق بينهما فی الجمله لا يخلو من إشكال كما أوضحنا ذلک كله هناک فتأمل و الله العالم.

[الفصل الرابع فی الأحكام المتعلقه بها و فيه مسائل]

اشاره

الفصل الرابع: فی الأحكام المتعلقه بها و فيه مسائل

[المسأله الأولی العاريه أمانه]

الأولی لا خلاف و لا إشكال فی أن العاريه أمانه كما

قال الصادق عليه السلام فی صحيح الحلبی (۱)«صاحب العاريه و الوديعه مؤتمن»

و نحوه غيره، و حينئذ فهی كغيرها من الأمانات لا تضمن إلا بالتفريط فی الحفظ أو

التعدی أو باشتراط الضمان زياده علی الوديعه للإجماع بقسميه، و النصوص (۲).

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحكام العاريه.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١- من أبواب أحكام العاريه.

و لا ينافى ذلك بناؤها على التبرع حينئذ، كما لا ينافى كونه شرطا فى عقد جائز إذ هو كالاجتهاد فى مقابله النص.

و كذا تزيد على الوديعه بأنها تضمن إذا كانت ذهبا أو فضه و إن لم يشترط الضمان، بلا خلاف أجده فيه فى الدراهم و الدنانير منهما، بل الإجماع بقسميه عليه و النصوص.

إنما الكلام فى غيرهما من المصوغ و غيره الذى هو كذلك أيضا فى صريح اللمعه و المهذب و جامع المقاصد و المسالك و الروضه و مجمع البرهان على ما حكى عن بعضها، و فى ظاهر المتن و النافع و غيرهما ممن عبر كعبارته، كما عن المقنع و النهايه و المبسوط و فقه الراوندى، و التحرير و الإرشاد و المختلف و قواعد الشهيد.

بل لعله ظاهر الوسيله و التبصره المعبر فيهما بالثمن المراد منه مطلق الذهب و الفضه، كما فى تعريف الصرف، أو الورق و العين المعبر بهما فى محكى المقنعه و المراسم و الكافى و الغنيه و السرائر، بناء على إراده الفضه من أولهما، كما عن القاموس و النهايه و كتب التفسير، أو هى مع الدراهم المضروبه، كما عن مجمع البحرين و الدينار و الذهب من ثانيهما كما عن القاموس أيضا.

نعم عن الصحاح تفسير العين بما ضرب من الدينار، و الورق بما ضرب من الدراهم، و لعله لذا نسب الحكم فى المختلف إلى الشهره بين الأصحاب، و إلا فلم أجد خلافا صريحا قبله، و إنما هو من الفخر و القطيفى و الكفايه و الرياض على ما حكى عن بعضها.

و على كل حال فهو الأقوى ل

صحيح زراره(۱)«قلت: لأبى عبد الله عليه السلام العاريه مضمونه، فقال: جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك تواه، إلا الذهب و الفضه، فإنهما يلزمان إلا أن تشترط أنه متى توى لم يلزمك تواه، و كذلک جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، و الذهب و الفضه لازم لك و إن لم يشترط عليك».

و إسحاق بن عمار عنه (۲)أيضا أو عن أبى إبراهيم عليه السلام «العاريه ليس على

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام العاريه الحديث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام العاريه الحديث ۴.

مستعيرها ضمان، إلا ما كان من ذهب أو فضه، فإنهما مضمونان اشترطا أو لم يشترطا».

و لا ينافى ذلك

صحيح ابن سنان (۱)عنه أيضا «لا تضمن العاريه إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمان، إلا الدنانير فإنها مضمونه و إن لم يشترط فيها ضمانا»

الذى مثله خبر ابن مسكان (۲)و لا

خبر عبد الملك بن عمرو(۳)عنه أيضا «ليس على صاحب العاريه ضمان، إلا أن يشترط صاحبها، إلا الدراهم فإنها مضمونه اشتراط صاحبها أو لم يشترط».

بعد ظهور اتحاد المستثنى منه فى جميعها فى كون المراد تعدد الإخراج من العام، فهى مخصصات متعدده من عام متحد لا يقدح أخصيه بعضها من بعض إذ جميع المخصصات متحده فى الحكم الإيجابى الذى هو الضمان، فلا يحمل بعضها على بعض بعد عدم التنافى بينها.

بل و لا فى إخراجها من العام، ضروره أن الخاص إذا اخرج من العام لا يزيد دلالته على ما بقى من الأفراد على دلالته الأصليه، فليس حينئذ إلا خروج الخاص من العام.

و بذلك ظهر لك المراد من النصوص التى ما بين دال على عدم ضمان العاريه أصلا، و ما بين مستثنى الذهب و الفضه، و ما بين مستثنى الدراهم، و ما بين مستثنى الدنانير.

خصوصا بعد اتفاقهم على عدم التنافى بين خبرى الدراهم و الدنانير، إذ ليس هو إلا باعتبار ظهورهما فى إراده تعدد الإخراج من العام الذى هو بملاحظه كل واحد منهما لا يقتضى عدم قابليه العام لإخراج غيره، بل أقصاه بقاء ما عداه على دلاله العام الأول، فإذا جاء ما يقتضى إخراج فرد آخر ضم إلى الفرد الآخر، و هكذا.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام العاريه الحديث ۱- و ذيله- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام العاريه الحديث ۱ ذيله.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام العاريه الحديث ۳.

فهو بمنزله أن يقول أكرم الرجال، ثم يقول: لا تكرم زيدا منهم، و أخرى لا تكرم عمروا و ثالثه لا تكرم الجهال، و فی الواقع كان زيد و عمرو من أفراد الجهال فإنه لا يشک من له أدنى فهم بالخطابات العرفيه إراده إخراج الجهال من الحكم الأول، و لكن نص على زيد و عمرو للتأكيد، و نحوه.

و بذلک ظهر لک ما فی كلام فخر المحققين من حمل الذهب و الفضه على الدرهم و الدينار باعتبار أنهما عامان بالنسبه إليهما أو مطلقين، إذ قد عرفت أنه لا تنافی بين حكم الجميع الذی هو الضمان.

فلا مقتضی للحمل المزبور، كما أنه لا تنافی أيضا بين المستثنى منه فی الجميع إذ هو ليس إلا عدم ضمان العاريه الذی هو مضمون القسم الأول من النصوص، و هذا واضح و إن أطنب فی رده فی جامع المقاصد، و زاد فی الأطناب ثانی الشهيدين فی المسالک.

نعم فی الكافيه و تبعه فی الرياض «أن تحقيق المقام حصول التعارض فی النصوص المزبوره بين المستثنى منه فی خبر الدراهم و الدنانير، و حاصله لا ضمان فی غير الدراهم و الدنانير، و بين المستثنى فی خبر الذهب و الفضه، و النسبه بين الموضوعين عموم من وجه يمكن تخصيص كل منهما بالآخر.

فان خص الأول بالثانی كان الحاصل لا ضمان فی غير الدراهم و الدنانير إلا أن يكون ذهبا أو فضه، و إن خص الثانی بالأول كان الحاصل كل من الذهب و الفضه مضمون إلا أن يكون غير الدراهم و الدنانير.

فالأمر المشترک بين الحكمين ثابت، و هو حصول الضمان فی الدراهم و الدنانير فلا بد من استثناء هذا الحكم من عموم الأخبار الداله على عدم الضمان، و تبقى تلک الأخبار فی غير ذلک سالمه عن المعارض، فان المتجه الحكم بعدم الضمان فی غير الدراهم و الدنانير من الذهب و الفضه».

لكن لا يخفى عليک ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا، ضروره عدم كون المستثنى منه فی خبری عبد الملک و ابن سنان غير الدراهم و الدنانير، بل لا يصلح لأن يكون

ذلک مستثنی منه لهما، و إن أراد الحاصل من المستثنی منه فیهما مع المستثنی، فلیس هو إلا ضمان الدراهم و الدنانیر لا غیرهما.

و لیس بین مجموع ذلک و بین الذهب و الفضه تعارض العموم من وجه، إذ لا اختصاص فی خبری الذهب و الفضه بالدلاله علی عدم ضمانهما حتی یکون ذلک وجه افتراق لهما عن خبری عبد الملک و ابن سنان.

علی أن ذلک کله منا مماشاه لکشف فساد المغالطه المزبوره، و إلا فالواجب ملاحظه التعارض بین نفس الأدله من غیر تقدیر شی ء ناشئ من الاجتهاد فیها، و لا ریب فی عدم التفاوت بین مضمون الجمیع إلا باقتضاء الضمان فی الحلبی و نحوها من خبر الذهب و الفضه، و عدمه فی خبر الدراهم و الدنانیر، و لکن من حیث حصر الضمان فیهما فلا ینافی حینئذ إخراج غیرهما بدلیل آخر.

فلیس حینئذ التعارض إلا بالعموم و الخصوص المطلق، علی هذا التقدیر، إذ لیس دلیل سلب الضمان عما عداهما إلا هو مضمون القسم الأول من النصوص، و هو عدم الضمان فی العاریه مطلقا الذی لا ینافی الإخراج بخبری الذهب و الفضه کما هو واضح بأدنی تأمل.

و أما تقدیر غیر الدرهم و الدینار و ملاحظته مهملا عن إخراجهما مع موضوع الذهب و الفضه الشاملین لهما و جعل التعارض بینهما من وجه إلی آخر ما سمعته فهو شی ء خارج عن النصوص، صاغه الوهم، فصار مغالطه علی الأفهام الردیه التی لا تفرق بین مفاهیم الألفاظ و مصادیقها، إذا کان فیها نوع خفاء.

و حینئذ لا یحتاج إلی رده بالترجیح بالشهره العظیمه بین الأصحاب، و لا بأن أهل العرف لا یفهمون من ذلک إلا تخصیص الأول بالثانی، و لا

بعموم (۱)«علی الید ما أخذت حتی تؤدی»

و لا باستلزام العکس إخراج لفظ الذهب و الفضه عن الحقیقه بخلاف الأول الذی فیه تکثیر أفراد إخراج المخصص بعد العلم بالتخصیص فی الجمله، و لا إلی غیر ذلک مما عرفت الاستغناء عنه.

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

و حينئذ فلا محيص عما عليه الأصحاب من ضمان مطلق الذهب و الفضه، بل الظاهر كونهما كذلك سواء كان معهما غيرهما، أو لا، مزجا أو غيره، إلا أن يشترط سقوط الضمان فيسقط حينئذ للأصل، و الاقتصار في الخروج عن عموم عدم الضمان على المتيقن الذى لم يشترط فيه ذلك، و

عموم (۱)«المؤمنون»

و خصوص صحيح زراره(۲)المتقدم القاطع للشك في ذلك.

نعم قد يشك في اعتبار الشرط المزبور في الضمان بالتعدى و التفريط في ابتداء عقد العاريه باعتبار أنه إسقاط للواجب قبل وجوبه، و منافاته لإطلاق ما دل على تسبيبهما ذلك، مع أنه لا يخلو من قوه، لأنه في قوه الإذن في الإتلاف، و للشك في السببيه معه، و الأصل براءه الذمه.

أما ما قيل- من عدم اعتباره أيضا في عاريه مال الغير، و في عاريه المحل للصيد للمحرم،- ففيه ما عرفت، من عدم كونهما عاريتين صحيحتين، على أن الثانيه منهما إن أريد بعدم اعتبار الشرط فيها بالنسبه إلى الفداء، فهو حق، لعدم كون ضمانه بالعاريه، بل هو شبه الحكم الشرعى، و إن أريد به بالنسبه إلى الغرامه للمالك، فالظاهر إتيان البحث السابق فيه.

و مما ذكرنا يعلم أنه لا وجه لذكر هذين القسمين في العاريه المضمونه، ضروره معلوميه إراده القسم الصحيح منها، و من هنا تركهما المصنف، و اقتصر على ما عرفت. كما أنه لا وجه لعد العاريه من المحرم للمحل من قسم العاريه التى لا تضمن، حتى إذا اشترط فيها الضمان، إذ قد عرفت أنها ليست عاريه، و أن المستعير يملكه، لعدم ملك المحرم له.

نعم لم يذكر المصنف عاريه الرهن، و لعله للاكتفاء بما ذكره في الرهن، أو أنه ليس من العاريه عنده، كما أشبعنا الكلام فيه في كتاب الرهن، و بذلك ظهر لك

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام العاريه الحديث- ۲.

عدم الحاصل فيما ذكره فى المسالك من هذه الأقسام، و حسن اقتصار المصنف فى الضمان للعاريه على ما ذكره من الأسباب.

و أما ما يحكى عن ابن الجنيد من ضمان عاريه الدابه أيضا، فلم نجد له دليلا صالحا للخروج عن الأصل، فضلا عن عموم عدم ضمان العاريه المؤيد بعموم عدم ضمان الأمانه. و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا رد العاريه إلى المالك أو وكيله برء]

المسأله (الثانيه) لا خلاف و لا إشكال فى أن المستعير إذا رد العاريه إلى المالك أو من يقوم مقامه من وكيله أو وليه العام أو الخاص برء على حسب غيرها من الأمانات و نحوها، كما أنه لا إشكال و لا خلاف عندنا فى أنه لو ردها إلى الحرز الذى كانت فيه بلا يد للمالك و لا إذن منه لم يبرأ بل هو ضامن لها مع التفريط بها.

و كأنه عرض بذلك للرد على المحكى عن أبى حنيفه من أن رد العاريه إلى ملك المالك كردها إليه. لأن رد العوارى فى العاده بذلك، و هو كما ترى.

و لو استعار الدابه إلى مسافه معينه مثلا فجاوزها ضمنها عينا و منفعه للتعدى و لو أعادها إلى المسافه الأولى (۱۱) المأذون فيها لم يبرأ (۱۲) من ضمان العين الذى قد حصل بالتعدى، للأصل و غيره، أما المنفعه فلا ضمان فيها لعدم انفساخ العاريه بذلك، إذ الفرض عدم تصريح أو ظهور فى عقد العاريه يقتضى تقييده بعدم التعدى أو التفريط، فالمنفعه التى اقتضى عقد العاريه إباحتها غير مضمونه.

نعم بالتعدى المزبور تدخل العين فى ضمانه بالتعدى الأول، و لو تلفت منه حال استعماله المأذون فيه بلا تعد متجدد أو تفريط كما هو واضح.

و إن أشكل الحال على المحدث البحرانى بالنسبه إلى الفرق بين الحكم بضمان العين بالمسافه المأذون فيها دون المنفعه، و ذلك لان العاريه إن انفسخت

بالتعدی المزبور اتجه ضمان العین و المنفعه مطلقا، و إلا لم یتجه ضمان العین بعد العود إلی المأذون فیه.

و فیه ما لا یخفی من حصول سبب الضمان، و هو التعدی المزبور الذی لیس فی الأدله ما یقتضی انفساخ العاریه به و بالتفریط، فهو حینئذ علی مقتضی تسبیبه الضمان حتی فی المأذون فیه، إذ لا تنافی بین العاریه و الضمان بسببه. أما المنفعه فهی علی إذن العاریه و الله العالم.

[المسأله الثالثه یجوز للمستعیر بیع غروسه و أبنیته فی الأرض المستعاره للمعیر]

المسأله (الثالثه) لا خلاف أیضا و لا إشکال فی أنه یجوز للمستعیر بیع غروسه و أبنیته فی الأرض المستعاره للمعیر و بالعکس، و للأجنبی بل یجوز بیع المستعیر لغیره أی المعیر مع الإذن و بدونها بل مع النهی علی الأشبه بأصول المذهب و قواعده التی لا ینافیها احتمال قلع المعیر له و هدمه إیاه، فإنه لا یخرجه عن المالیه المسوغه لبیعه.

بل هو أولی مما جوزوا بیعه من الحیوان المشرف علی التلف، و العبد المستحق للقتل قصاصا، فما عن أحد وجهی الشافعیه من المنع لذلک واضح الفساد.

نعم عن مبسوط الشیخ أن الأقوی عدم الجواز، لانه لا یمکن تسلیمه، بل عنه فیما سلف عدم جواز دخول المستعیر لغیر السقی و نحوه، و من هنا بنی فی التحریر جواز البیع و عدمه علی جواز الدخول و عدمه، لکن فیه أولا: أن التسلیم فی مثله التخلیه، و الانتفاع ممکن باستیذان المعیر، أو الاستیجار منه و نحو ذلک.

و حرمه الدخول علی المشتری- و الانتفاع به باعتبار اقتضاء عقد العاریه الإذن للاول- لا ینافی جواز الشراء، و إن وجب علیه حینئذ الاستئذان فی البقاء من حینه، فإن لم یحصل کانت الأصول و الآلات فی مقابله ثمنه.

و علی کل حال فهو أمر خارجی لا مدخلیه له فی صحه البیع للمال المملوک

الـذی یمکن تسـلمه باقیا و مقلوعا، بل الظاهر صـحه البیع حتی مع جهل المشتری بالحال، و إن تسـلط علی الخیار حینئـذ، لظهور البیع فی استحقاق البقاء، فیتسلط علی الخیار لقاعده الضرر.

و لو بـاع المسـتعیر و المعیر الأـرض و ما فیها بثمن واحـد، صـح و یوزع الثمن علی قیمه مال کل منهما، فیقوم الغرس و البناء فی أرض مستعاره، و الأرض مشغوله عاریه بذلک. نعم یلحظ النسبه بینهما، و یوزع الثمن علیها کما هو واضح و الله العالم.

[المسأله الرابعه إذا حملت الأهویه أو السیول حبا مثلا إلی ملک إنسان فنبت کان لصاحب الأرض إزالته]

المسأله (الرابعه إذا حملت الأـهویه أو السـیول حبـا مثلاـ إلی ملـک إنسـان فنبت کـان لصـاحب الأرض إزالته بعـد فرض امتناع المالـک عنهـا، من غیر مراجعه للحـاکم و لاـ یضـمن له الأرش بل ربما اسـتحق علیه الأجره علی ما تسـمع کما فی مسأله أغصان الشجره البارزه إلی ملکه التی تقدم تفصیل الکلام فیها فی کتاب الصلح، فإن ظاهر المصنف اتحاد الحکم فی المسألتین.

و لکن کشف الحـال فی المقام هو أن هـذا الحب لا یخلو إما أن یکون معرضا عنه، أو لا، و علی التقـدیرین إما أن یعلم المالک أو یجهل فی منحصر أو غیره.

و علی کـل حـال فإمـا أن یکون متمولاـ أو قلیلا غیر متمول، فمع فرض الإعراض فلمالک الأرض و غیره تملکه، و له طرحه من أرضه کغیره من المال المعرض عنه و إن کان کثیرا.

لکن فی المسالـک «أنه یجوز للمالک الرجوع ما دامت العین باقیه، لأن ذلک بمنزله الإباحه» و فی غیرها التصـریح بأن له ذلک. و إن تملکه أحـد، إلا أنه قـد یشـکل بأصاله اللزوم بعـد حرمه القیاس علی الهبه، و منع کونه أولی، بل ینبغی الجزم بـذلک، بناء علی صیرورته کالمباحات بالإعراض.

و علی کل حال فالظاهر ممن تعرض لذلک عدم تسلط صاحب الأرض علی جبره علی القلع، بعد تحقق الإعراض عنه.

و لکن قد یشکل إذا فرض حصول الإعراض بعد اشتغال الأرض به، بل و قبله

بناء على عدم خروجه عن الملك بذلك، إذ هو حينئذ نحو ما قيل فيما لو ترك الحب صاحبه لصاحب الأرض و لم يقبله، ففى المسالك فى وجوب الإزاله وجهان.

نعم حكى فيها عن التذكره القطع بسقوط مؤنه نقله، و أجرته عنه، لأنه حصل بغير تفريطه و لا عدوانه، و كان الخيار لصاحب الأرض المشغوله إن شاء أخذه لنفسه، و إن شاء قلعه.

إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه، بناء على وجوب تخليص ملك الغير منه، ضروره أن الإعراض عنه بعد عدم الخروج عن ملكه به أو البذل لصاحب الأرض مع عدم القبول لا يرفع الوجوب المزبور عنه الذى قد صرح به غير واحد فى الصوره الأخرى، و هى: ما لو علم المالك بعينه و لم يكن منه إعراض و لا بذل، معللين له بأن ملكه قد شغل أرض غيره بغير حق، فيجب تخليصه منه و التسويه و طم الحفر.

بل صرح بعضهم بوجوب الأجره عليه للمده، بعد امتناعه، لأنه كالغاصب حينئذ، بل عن ظاهر السرائر وجوبها عليه للمده السابقه التى استظهر بعضهم عدمها، لعدم تقصيره فى القلع، و عدم تفريطه فى أصل اشتغال الأرض به، فأصل البراءه بحاله.

اللهم إلا أن يقال: إنه و إن لم يكن مقصرا لكن لا تبرع أيضا من صاحب الأرض، و الأصل احترام مال الغير الذى منه المنفعه المزبوره.

لكنه كما ترى، بل قد يناقش فى الأجره مطلقا، للشك فى وجوب التخليص عليه، بعد أن لم يكن الشغل منه، للأصل، و كونه مالكا لا يقتضى ذلك نعم لصاحب الأرض بعد امتناع المالك، إزالته عن ملكه، كما عبر به المصنف.

و لو كان المالك مشتبها فى منحصرين ففى المسالك «وجب عليهم أجمع التخلص بالصلح، أو التمليك و نحوه، و يجب على صاحب الأرض مراجعتهم فيما يراجع فيه المالك المعين».

و فيه: ان هذا الوجوب لا وجه له، لتمسك كل منهم بأصل البراءه السالم عن معارضه باب المقدمه فى الفرض المعلوم عدمها فيه، فالمتجه حينئذ إزالته نفسه

عن ملکه بعد مراجعه الحاکم، أو بدونه، و لکن یسلم المال للحاکم.

و لو لم یکن محصورا ففی المسالک أیضا «کان بمنزله اللقطه» و فیه: أنه إلی مجهول المالک أقرب منه إلیها، لعدم تحقق کونه مالا ضائعا، و لو بقرینه، بل هو کالثوب الذی أطارته الریح.

و لو کان قلیلا لا یتمول کنواه واحده و حبه کذلک و المالک معلوم، احتمل بعضهم عدم وجوب رده، و أن له تملکه، لانتفاء حقیقه المالیه فیه، و التقویم إنما حصل فی أرضه، و فیه: أنه مناف لأصول المذهب و قواعده المقتضیه وجوب رده إلی صاحبه علی حسب ما تقدم، و بذلک کله بان لک الحال فی جمیع أطراف المسأله.

نعم بقی شی ء و هو أنه لم أجد أحدا احتمل هنا وجوب الانتظار فی الزرع الذی له أمد، و لا دفع الأرش فیه أو فی الشجر کما ذکروه فی العاریه و نحوها، بل صریح بعضهم عدمه، مع أنک قد سمعت أن بناء ذلک فی العاریه علی تزاحم الحقوق و عدم کونه ظالما فی عرقه، و إلا فالإذن له یجوز له الرجوع فیها، لأنها حصلت فی ضمن عقد جائز.

و إجراء قاعده تزاحم الحقوق، و مراعاه الأکثر ضررا، و القرعه و نحوها فی المقام إن لم یکن أولی من ذلک المقام، فهو مساو له مثل دابه وضعت رأسها فی قدر شخص أو دخلت دار الغیر فاحتاج إخراجها إلی خراب الباب مثلا و نحو ذلک.

فلا بد من ملاحظه الفرق بین المقامین، و لعله قاعده أخری و هی وجوب تخلیص ملک الغیر عما اشتغل فیه من ملک آخر و الله العالم.

[المسأله الخامسه لو نقصت بالاستعمال ثم تلفت و قد شرط ضمانها ضمن قیمتها یوم تلفها]

المسأله (الخامسه لو نقصت العین المستعاره ب سبب الاستعمال المأذون فیه ثم تلفت و قد شرط ضمانها ضمن قیمتها یوم تلفها کما عن المبسوط و التذکره و المختلف و الحواشی لأن النقصان المذکور غیر مضمون فی نفسه و لا مندرج فی إطلاق

الضمان المشترط.

نعم لو نص عليه فی الشرطیه اتجه ضمانه، و لا ینافی تبرع العاریه، ضروره عدم کونه ضمانا للمنفعه، بل هو شی ء و هی شی ء آخر، و المنافی للعاریه اشتراط ضمانها لا ضمانه، بل لعله کذلک و إن کان من لوازم الاستعمال.

لکن لو فرض اتحاد الانتفاع بالعین مع النقص الحاصل منه بمعنی کون المنفعه المأذون فیها هی نفس النقص المزبور، اتجه حینئذ عدم صحه اشتراط ضمانه، إلا أنه کما تری مجرد تصور وهمی.

و علی کل حال فالتردد فی ضمانه فی صوره إطلاق من بعضهم- بل فی جامع المقاصد «لا أستبعد ضمانه، لأنه لیس من لوازم أصل الاستعمال، النقص، و لأنه لا منافاه بین کون الاستعمال مأذونا فیه، و النقص مضمونا، و هذا قوی جدا» و نحوه فی المسالک.

بل عن فخر المحققین أنه الأصح بعد أن حکاه عن أبی علی، و أبی الصلاح- فی غیر محله.

و

خبر وهب (۱)الذی ذکره بعضهم دلیلا لذلک عن جعفر عن أبیه علیهما السلام «ان علیا علیه السلام قال: من استعار عبدا مملوکا لقوم فعیب فهو ضامن، و من استعار حرا صغیرا فهو ضامن»

المحمول علی المضمون بالشرط، أو التعدی أو التفریط.

مع أنه مؤل ظاهر فی غیر محل الفرض الذی هو النقصان الناشئ من نفس الاستعمال، کانمحاق الثوب و نحوه، لا اتفاق تلف بعض أجزائه بحرق و نحوه، فإنه لا شک فی اندراجه فی إطلاق

الضمان المشترط الذی هو الجمله و الاجزاء کما هو واضح.

و حینئذ لا فرق فی عدم ضمانه بین تلف العین و بین ردها ناقصه.

و من الغریب ما یظهر من بعض الکلمات من الفرق، فإنه لا وجه له، کما أنه لا وجه للفرق بین المقام، و بین الضمان بالتعدی و التفریط ثم تلفت بعد نقصها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحکام العاریه الحدیث ۱۱.

بالاستعمال بعد ذلک، فإنه لا یضمن إلا القیمه یوم التلف، لعدم انفساخ العاریه بذلک، فهو حینئذ مأذون فیتبعه النقص الحاصل منه، فما عن بعضهم من الفرق فی غیر محله.

نعم یضمن النقص الحاصل من التعدی نفسه الذی لم یأذن فیه، و کذا التفریط و أما الحاصل بعد العود إلی استعمال العاریه المأذون فیها فلا، و إن کانت العین مضمونه فی یده لکن قیمتها. هذا.

و لا یخفی علیک أنه حیث یضمن النقص الحاصل من الاستعمال فلا بد من ملاحظته من حین القبض إلی حین التلف، لمکان ذهاب الاجزاء علی التدریج کالثوب یلبس و ینمحق شیئا فشیئا کما هو واضح و قد وقع فی بعض الکتب المتأخره هنا ما لا ینبغی أن یسطر فلا تغفل و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا قال الراکب مثلا أعرتنیها و قال المالک آجرتکها فالقول قول الراکب]

المسأله (السادسه إذا قال الراکب مثلا أعرتنیها و قال المالک: آجرتکها فالقول قول الراکب مع یمینه، عند الشیخ و ابن زهره و أول الشهیدین و الأردبیلی و الخراسانی علی ما حکی عن بعضهم لان المالک مدع للأجره و الراکب ینفیها، فهو مع أصل البراءه السالم عن معارضه الإقرار بالاستیفاء مثلا، بعد أن اتفقا علی کونه بالاذن التی تقع علی وجوه، فهی أعم من الاستحقاق، فلیس المالک حینئذ إلا مدعیا صرفا.

و قیل کما عن ابن إدریس و اجاره المهذب، بل لعله المشهور لما ستعرف من رجوع غیره إلیه، القول قول المالک فی عدم العاریه التی ادعاها الراکب فإذا حلف حینئذ سقطت دعوی الراکب و تثبت علیه أجره المثل لا المسمی الذی نفاه الراکب أیضا بیمینه، إذ هو منکر بالنسبه إلیه.

و لا ینافی ذلک ثبوت أجره المثل التی هی قیمه المنفعه التی قد اعترف باستیفائها و هی کالعین بالنسبه إلی المالیه، و الأصل احترام مال المسلم کدمه و عرضه، بمعنی

الحکم بضـمانه علی من هو عنـده، حتی یثبت ما یقتضـی عـدمه من عاریه و إباحه مجانیه، ضـروره أن طیب نفسه شـرط فی حل ماله، و الشک فیه شک فی الشرط، و هو الموافق

لعموم (۱)«من أتلف»(۲)

و «علی الید»

و غیرهما، و علیه بنی تقدیم قول مدعی القرض علی مدعی الودیعه فی صحیح إسحاق بن عمار(۳)و مدعی الغصب علی مدعی العاریه أیضا.

نعم تکون علی الراکب أجره المثل إذا صارت مساویه للمسـمی أو أقل منه، لا إذا کانت أزیـد، لاعترافه حینئـذ بـدعواه المسـمی بعـدم اسـتحقاقها، و إن انتفت دعواه بیمین الراکب، لکن انتفاؤهـا بالنسـبه إلی إلزامه بهـا، لا ما یعود منها إلی المـدعی الـذی هو مقتضی التزامه بإقراره.

و لاـ ینـافی ذلک إطلاق المصـنف أجره المثل المنزل علی مساواتها للمسـمی غالبا أو علی إراده بیان أصل ثبوت الأجره أو نحو ذلک.

و بذلک ظهر انقطاع أصاله البراءه بالقاعده المزبوره، کما أنه ظهر الجواب عن اشـکال اسـتحقاق الأجره بعد انتفاء دعواه الإجاره بیمین الراکـب، باعتبـار حصـر اسـتحقاقه بـاعترافه بالإجـاره المفروض انتفاؤها بیمین الراکـب، إذ هو معارض أیضا بانتفاء المجانیه التی ادعاها الراکب باعتبار حصـر سـببها باعترافه بالعاریه المفروض انتفاؤها بیمین المالک، فلما انتفیا معا رجع الحاکم إلی أصل آخر یقتضـی غرامـه الراکـب، و هـو أصـاله ضـمان مـال الغیر، فحکم بـأجره المثـل غرامه، عـوض منفعه مـال الغیر الـتی اعـترف باستیفائها.

و لا حرمه علی المالک فی قبضـها، لعدم تضـمن دعواه ما یقتضی حرمتها علیه، حتی إذا ادعی کون المسمی عینا مخصوصه فإن له أخذها حینئذ مقاصه، علی الوجه الذی ذکرناه.

۱- ۱ قاعده مستفاده من مضامین الاخبار.

۲- ۲ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

۳- ۳ الوسائل الباب ۷ من أبواب أحکام الودیعه الحدیث- ۱.

و به بـان أن القول الأـخر الـذى ذكروه قولاـ ثالثـا- و هو أن القول قول المالـك أيضا، و لكن يرجع بأقل الأمرين من المسـمى و أجره المثل لا أجره المثل مطلقا، كما فى المتن- هو قول المصنف بعد تنزيل إطلاقه على ما عرفت.

كما أن المـذكور قولا رابعا و هو التحالف، إذ قـد يكون المسـمى الـذى يدعيه المالك أزيد من أجره المثل، فلا بد فى نفيه من يمين الراكب، لا ينبغى أن يكون قولا ليس كذلك، ضروره أن ذلك راجع إلى المالك، إن أراده طالبه باليمين المحتمل نكوله عنها، لا أن الحكم له بأجره المثل موقوف على ذلك، فإن له عدم الدعوى، و إسقاط حق اليمين الذى له، و المطالبه بأجره المثل التى هى مقتضى حلفه على نفى العاريه، و يكفى ذلك فى إلزام الراكب بها.

فليس حينئـذ فى المسأله إلا قولان، منشؤهما ثبوت الأصل المزبور و عـدمه، و الظاهر أنه مفروغ منه فى غير المقام، كما لا يخفى على من أحاط خبرا بأفراد المسأله فى الأبواب المتفرقه.

نعم يحكى عن الشيخ قول ثالث، و هو استعمال القرعه فى تعيين المنكر منهما فيكون القول قوله بيمينه، لكنه كما ترى، خصوصا إذا أراد ذلـك حتى بالنسـبه إلى إثبات المسـمى الـذى ادعاه المالك، على أن مورد القرعه المشـكل، و لا اشـكال بعـد القاعـده المزبوره.

و أغرب منـه مـا يحكى عـن غيره مـن الحكـم بـأجره المثـل بلاـ يمين من المالـك على نفى العـاريه، و لاـ من الراكب على نفى الإجاره، لكن ظنى أنه اشتباه من الحاكى ضروره انحصار سقوط الدعوى بالبينه و اليمين.

و على كل حال فلا ريب فى أن القول الثانى هو الأشـبه بأصول المذهب و قواعده التى قد عرفت أن منها أصاله عدم خروج مال المسلم من يده إلا بقوله، و لا فرق فى التنازع بينهما بين أن يكون بعد مضى مده الإجاره المدعاه، أو فى أثناءها، و إن وجب فى الثـانى، أقـل الأـمرين من قسـط المسـمى و أجره المثل، كما أنه لا فرق فيه بين بقاء العين و تلفها، لأنها إن كانت باقيه ردها على المالك

مع الأجره المزبوره.

لكن فى المسالك «ان فى انتزاع العين بناء على الاكتفاء بحلف المالك على نفى الإعاره، و كون النزاع فى الأثناء نظر، من إنكار المستعير الإجاره، و إذن المالك على وجه التبرع قد انتفى بإنكاره، فيرتجع، و من اعتراف المالك بعدم استحقاقه ارتجاعها إلى أن تنقضى المده التى يدعيها.

قال: و هذا مما يؤيد القول بالتحالف، لأن هذا نزاع آخر لم يتحرر من يمين المالك، كالنزاع فى الزائد من المسمى».

و فيه أنه على تقدير التحالف و عدمه ليس له انتزاع العين إلا من باب المقاصه التى ينبغى مراعاه نسبه أجره المثل فيها مع المسمى الذى يدعيه على الراكب، ضروره عدم اقتضاء التحالف الانفساخ واقعا، فله حينئذ انتزاعه عنه بعد انتفاء دعوى الراكب على كل تقدير، و أما الزائد من المسمى فقد عرفت انحصار الحق فيه به فله الدعوى، و له تركها كما هو واضح.

و إن كانت العين تالفه، فحكم الأجره ما ذكر، و أما العين فإن كانت أمانه كما لو كانت الإعاره التى يدعيها الراكب غير مضمونه، فلا شى ء على الراكب، لاتفاقهما على كونها فى يده أمانه إما بالإجاره أو بالإعاره.

و إن كانت مضمونه ففى المسالك «أن مدعى الإعاره يعترف بثبوت القيمه فى ذمته، و المالك ينكره، لعدم اقتضاء الإجاره الضمان، فيتوقف إلى أن يتفقا عليه».

قلت: الظاهر أن له المقاصه بما أخذ منه من أجره المثل، و الزائد يجب عليه التوصل إلى إيصاله إليه بأحد الطرق الممكنه، هذا كله فيما لو كان الاختلاف بعد مضى المده أجمع، أو البعض الذى يكون له أجره مثل.

و أما لو كان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع فلا خلاف و لا إشكال فى أنه كان القول قول الراكب فى عدم الإجاره لأن المالك يدعى عقدا و هذا ينكره و الفرض عدم دعوى من المالك فى استيفاء منفعه، فليس حينئذ

إلا دعواه أن له أجره عليه، و الراكب ينكره، و الأصل براءه ذمته، فيكون القول قوله، كما هو واضح.

و لو انعكست الدعوى بأن ادعى المالك الإعاره المضمونه، و الراكب ادعى الإجاره، و الفرض تلف العين، فإن اتفقت الأجره و القيمه أخذها المالك بغير يمين و إن زادت القيمه أخذها باليمين، بناء على ما عرفته من الأصل المزبور.

و هذا غير دعوى الضمان في العاريه بعد اتفاقهما عليها، لأن الأصل عدم الاشتراط هناك فيتحقق حينئذ من المالك ما لا يترتب عليه ضمان، بخلافه في الفرض الذي بعد التحالف يبقى أصاله احترام مال المسلم.

كذا لو كان الاختلاف بينهما في المضمون عاريه بالذات كالذهب فادعاها المالك و ادعى الآخر أنه إجاره، بل هو أوضح، و لو فرض عدم تلف العين انتزعها المالك باليمين، و ليس له عوض المنفعه شي ء لاعترافه بالعاريه، و إن وجب على الآخر إيصال الأجره أو القسط إليه بأحد الطرق كما هو ظاهر و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا استعار لينتفع به في شي ء فانتفع به في غيره ضمن]

المسأله (السابعه:

إذا استعار لينتفع به في شي ء فانتفع به في غيره مما لا تدل عليه إذن المعير ضمن العين لتعديه المقتضي لذلك، فإن كان له أجره لزمته أجره مثله التي هي القيمه للمنفعه المفروض استيفاؤها بدون إذن المالك، بل في المسالك «من غير فرق بين كون المنفعه التي استوفاها أشق من المأذون فيها و مساويه و أدنى إذا كانت مخالفه لها في الجنس، و لو اتفقا في الجنس كأنواع الزرع و فيه ما مر من الاشكال».

قلت: قد عرفت فيما تقدم من المصنف في الفصل الثالث التصريح بعدم جواز الزرع في الأرض المستعاره للغرس و إن كان أقل ضررا، مضافا إلى إطلاقه في المقام و في المزارعه التصريح بجواز زرع الأقل ضررا، و لعله في الإجاره كذلك، بل أولى.

و كان وجه الفرق بين العاريه و الإجاره مثلا أن مقتضى الثانيه ملك المنفعه، و هو إنما يتشخص بما يقتضى تنويعه، كالركوب و التحميل و نحوهما إلا مع الشرط فيجب حينئذ من حيث الاشتراط لا من حيث ملك خصوص تلك المنفعه.

فلو استأجر دارا مثلا لربط دابه مخصوصه فماتت تلك الدابه لم تبطل الإجاره بل له ربط غيرها فيه مما هى أقل ضررا أو مساويا، و كذا ركوب الدابه و سكنى الدار و نحو ذلك، ضروره اقتضاء الملك ما ذكرناه مما لا خصوصيه فيه إلا مع الشرط فإنه يكون حينئذ نحو اشتراط المباشره فى الأجير المقتضيه انفساخ العقد بفواتها.

أما العاريه فهى ليست إلا إباحه لا فرق فيها بالنسبه إلى ذلك، فمع فرض الاقتصار فيها على شى ء مخصوص بحيث لا ينقل منه إلى غيره لم يجز له التعدى و لو إلى الأقل من الجنس، فضلا عن غيره، و لعله لذا أطلق المصنف هنا فتأمل جيدا و الله العالم.

[المسأله الثامنه إذا جحد العاريه بطل استيمانه]

المسأله الثامنه:

إذا جحد العاريه بعد طلب المالك لها بطل استيمانه، و لزمه الضمان مع ثبوت الإعاره بل و بدون طلبه كما عرفت الكلام فيه مفصلا فى الوديعه، فإن المسأله من واد واحد و الله العالم.

[المسأله التاسعه إذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه]

المسأله التاسعه:

إذا ادعى التلف فالقول قوله مع يمينه لأن ذلك مقتضى ائتمانه كما عرفته مفصلا فى الوديعه، و كذا فى عدم التفريط و التعدى و أما لو ادعى الرد فالقول قول المالك مع يمينه لقاعده «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر» و الايتمان لا يقتضى تصديقه فى الرد، و قبوله فى الوديعه للنص، لا لذلك، و لا لأنه قبض لمصلحه المالك بخلافه هنا، و إلا لاقتضى فى الوكيل بدون جعل ذلك، فالعمده حينئذ ما ذكرناه كما أوضحناه فى الوديعه و الله العالم.

[المسأله العاشره لو فرط فی العاریه کان علیه قیمتها عند التلف]

المسأله العاشره:

لو فرط فی العاریه أو تعدی و تلفت کان علیه قیمتها عند التلف إذا لم یکن لها مثل و إلا کان علیه مثلها، و قیل أعلی القیم السوقیه من حین التفریط إلی وقت التلف أخذا له بأشق الأحوال کالغاصب الذی فیه مع ذلک أقوال أخر أیضا.

و لکن لا ریب فی أن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأنه وقت اشتغال الذمه بالعوض الذی هو بدل العین، و رده قائم مقام ردها. نعم لو کان التفاوت فی القیمه لنقص فی العین اتجه الضمان حینئذ کما هو واضح.

و لو اختلفا فی القیمه کان القول قول المستعیر مع یمینه فی نفی الزائد الموافق لأصاله البراءه، و قیل القول قول المالک أخذا له أیضا بأشق الأحوال و تحصیلا للبراءه الیقینیه، و لکن الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده فإنه لا دلیل علی أخذه بأشق الأحوال علی وجه یشمل المقام، و الشغل بغیر ما اعترف به المستعیر لم یثبت کما هو واضح. و الله العالم.

[المسأله الحادیه عشر إذا قال أعرتک حماری مثلا لتعیرنی فرسک الأقرب الجواز]

المسأله الحادیه عشر:

إذا قال: أعرتک حماری مثلا لتعیرنی فرسک (۱۱) ففی القواعد و التذکره و الإیضاح و جامع المقاصد کما عن بعضها أن الأقرب الجواز (۱۲) لکونه شرطا یقبله عقدها، لا عوضا، فلا ینافی التبرع المعتبر فیها، إنما المنافی له أعرتک هذا بهذا.

و فیه منع، إذ لیس فی الأدله ما یقتضی اختصاص المنافاه بمثل العوض لا الشرط بل المفهوم منها أنها نوع من البر و المعاونه و الإحسان و نحو ذلک مما ینافیه ذکر العوض و لو علی طریق الشرط، نحو أعرتک کتابی لتهبنی عشره دراهم مثلا، بل لا فرق فیه بین اشتراط استحقاقه بعقد آخر کهبه و عاریه و نحوهما، و بین استحقاقه فی عقدها، ضروره منافاته للتبرع المزبور، کما هو واضح.

و علی کل حال فعلی الصحه لا یجب علی المستعیر عاریه ما اشترطه المعیر،

لانه شرط فی عقد جائز، کما لا یجب علی أحدهما أجره.

نعم فی الکتب الأربعه أنه لو لم یعر الثانی فالأقرب أن له الأجره.

و فی الثانی منها تعلیله بأن الاذن فی الانتفاع لم یقع مطلقا، بل مع سلامه النفع فإذا لم یسلم کان له المطالبه بالعوض.

و فی الثالث منها بأن کل شرط صح فی عقد یثبت الفسخ بفواته، فإذا فسخت العاریه انتفی مبیح العین بغیر عوض، فوجبت الأجره.

و فیه أن ذلک إن تم فإنما یؤثر فیما سیأتی، أما ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا.

و قد أطال فی الرابع منها فی ذلک حتی جعل التحقیق فی ذلک ما حاصله، أن عقد العاریه فی غایه الضعف، و لذا یعول فیه علی قرائن الأحوال کظروف الهدایا، و ثمرته فی غایه الضعف، و هی الإباحه فتنتفی ثمرته بأدنی سبب، و هو انتفاء الشرط، لا أن انتفاءه یسلط علی الفسخ، کما فی العقد اللازم القوی الذی ثمرته التملیک مثلا و اللزوم، فان انتفاء الشرط فیه یسلط علی فسخ اللزوم، بخلاف عقد العاریه المطلوب فیه مجرد الإباحه، فلیس الشرط فیه إلا شرطا للإباحه، فإذا انتفی انتفت.

و هو کما تری مرجعه إلی تعلیق الاذن فی المنفعه الخاصه علی الشرط المزبور فحیث یحصل تحصل، و إن انتفی انتفت، فهو تعلیق محض لا یجامع صحه العقد، و خصوصا إذا کان المعلق علیه العاریه فی الزمان المتأخر مثلا، فان استیفاء المنفعه الآن قبل مجی ء المعلق علیه بالإذن التی هی مقتضی صحه العقد، فلا تتعقبه أجره، و إلا لم یصح الانتفاع، و دعوی البقاء مراعی کما تری.

و بذلک بان لک أنه لیس بشی ء، فضلا عن أن یکون تحقیقا، فالمتجه حینئذ علی الصحه عدم استحقاق الأجره و إن لم یعر الثانی، لعدم کونه مستحقا علیه بعقد لازم کما هو واضح.

نعم لو قال أعرتک الدابه بعلفها، أو أعرتک الدابه بعشره دراهم کان عاریه فاسده، و استحق حینئذ أجره المثل، لان المالک لم یبذل المنفعه مجانا، و لا ینافی

ذلـك كون العاريه من العقود التى لا يضـمن بصـحيحها، لما عرفت سابقا من أن هـذه القاعـده تتبع الأدله فى كل مقام، على أن الظـاهر إراده غير هـذه الجهه من الفسـاد، نحو مـا قيـل فى الفساد بعقـد المعاوضه إذا كان باشتراط عـدم العوض، مثل بعتك بلا ثمن، و آجرتك بلا أجره.

بـل قـد يقـال: إن المراد منها ما لا ينافى المقام من إراده خصوص الافراد، و لا ريب فى الفرض أن العاريه لو كانت صـحيحه فيه لترتب العوض فليكن كذلك على الفساد، فيكون ما نحن فيه مما يضـمن على تقدير صـحته و شرعيته، فيضمن على تقدير فساده و عدم شرعيته، و إن كان ذلك كما ترى.

و على كل حال فما فى القواعـد من أن ذلك إجاره فاسده، لا عاريه فاسده خروج عن حقيقه اللفظ بلا قرينه، فالمتجه ما قلناه، و الله العالم و الموفق و المؤيد و المسدد و الحمد لله رب العالمين أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا.

[كتاب الإجاره]

اشاره

كتاب الإجاره التى هى على نحو ما سمعته فى لفظ البيع من أن الأصح كونها نقل المنفعه، لا العقد، و لا الانتقال كما عرفته، و أحسن تعريف لها «أنها ما شرعت لنقل المنفعه بعوض من آخر و لو حكما» فإنه مع خلوه عن ذكر الشرائط و نحوها- فيه مما لم ينتف المحدود بانتفائها، و عن ذكر لفظ الإجاره و نحوه مما يستلزم الدور- شامل للمعاطاه فيها، بناء على كونها إجاره، و للصحيح منها و الفاسد، فإنها للأعم منهما كغيرها من ألفاظ العقود، كما أنه لا حقيقه للشارع فيها، و إنما اعتبر فى صحتها أمورا، و إلا فهى باقيه على معانيها الأصليه.

نعم قد يقال: فى خصوص لفظ الإجاره بناء على عدم كونه مصدرا، بل بمعنى الأجره على ما صرح به بعضهم، بل لعله يظهر من مجمل ابن فارس.

بل قد يظهر- من اقتصاره فى الصحاح على ذكر الأجر مصدرا لأجر، و الإيجار مصدرا لآجر ذلك أيضا- أنه منقول منه إلى النقل المزبور مع احتمال كونه مصدرا سماعيا لأجر نحو كتب يكتب كتبا و كتابه، فيتحد حينئذ مع لفظ البيع و غيره من أسماء العقود فى استعمالها فى معانيها الأصليه كما عرفت.

و على كل حال ف فيه فصول أربعه:

[الفصل الأول العقد]

الأول: العقد أى عقد الإجاره و هو اللفظ الإنشائى الدال عليها و ثمرته التى شرع لها تمليك المنفعه المعلومه ب مقابله تمليك عوض معلوم على وجه اللزوم و يفتقر فى تحقق مسماه إلى إيجاب و قبول و العباره الصريحه عن الإيجاب باعتبار وضعها للدلاله عليه آجرتك و أكريتك هذه الدار مثلا و لا يكفى (۱۱) فيه ملكتك (۱۲) بل هو مناف له ضروره اقتضائه تمليك المنفعه، بخلاف ملكتك هذه الدار المفيد

تمليك نفس العين التى هى ليست موردا للإجاره.

أما لو قال: ملكتك سكنى هذه الدار سنه مثلا صح بناء على الاكتفاء به فى عقد البيع كما عرفت الكلام فيه و فى نظائره مفصلا، بل لا تبعد الصحه فى الأول أيضا مع قصد المنفعه المدلول عليه بقرائن حاليه أو مقاليه، بناء على الاكتفاء فى العقد بالمجازات غير المستنكره فيه، كما لا يخلو من قوه عرفتها فى باب البيع، و تعرفها فى النكاح فلاحظ و تأمل.

و كذا الكلام فى أعرتك هذه الدار سنه بكذا مريدا بها معنى الإجاره لتحقق القصد حينئذ إلى نقل المنفعه إذ لم يثبت اعتبار لفظ خاص فى العقد.

بل ظاهر ما وصل إلينا من الأدله فى المقام و غيره كالبيع و النكاح و نحوهما التوسعه فيما يعقد به العقد، و الاكتفاء بكل لفظ يدل على إنشاء المراد به حقيقه، أو مجازا غير مستنكر فى أمثاله، و كفى بذلك قاطعا لأصاله عدم النقل و غيرها.

و لعل شهره عدم عقد العقود اللازمه بالمجازات محموله على المجازات المستنكره فى مثل ذلك كاستعمال النكاح فى البيع و بالعكس، لا- مطلقا، كما لا- يخفى على من تصفح كلماتهم، و لعل من ذلك ما فى المتن و غيره، بل عن التذكره نسبته إلى علمائنا ما لو قال: بعتك هذه الدار و نوى الإجاره لم تصح و كذا لو قال: بعتك سكناها سنه لاختصاص لفظ البيع بنقل الأعيان على وجه يستهجن استعماله فى نقل المنافع مجازا.

و لكن مع هذا فعن التحرير احتمال الانعقاد به بل فى المتن فيه تردد مما عرفت، و من أن البيع يفيد نقلها تبعا للأعيان، بل لعل قيامه مقامها أنسب من لفظ العاريه الذى هو حقيقه فى إباحه المنفعه مجانا، إلا أن الأصح العدم، لاستهجان العقد بذلك فى عرف المتشرعه كالعكس، أى عقد البيع بلفظ الإجاره.

و (۱۱) كيف كان ف الإجاره عقد لازم (۱۲) بلا خلاف و لا إشكال، لأصالته

المستفاده من الآيه(۱)و غيرهـا ف لا تبطل حينئـذ إلا بالتقايل المشـروع فيها و فى غيرها كما عرفته فى محله، أو بأحـد الأسـباب المقتضيه للفسخ التى ستسمع تفصيلها إنشاء الله.

و لا تبطل بالبيع للعين المستأجره، لعدم المنافاه بعد اختلاف متعلقهما.

نعم يتخير المشترى مع جهله بين الصبر إلى انتهاء مـده الإجاره، و بين الفسخ باعتبار اقتضاء إطلاق العقد تعجيل التسـليم للانتفاع كمـا هو الغـالب، بخلاـف العـالم بـذلك فـإنه لا خيار له، و لو اتفق فسـخ المسـتأجر بأحـد أسـبابه عادت المنفعه إلى البائع دون المشترى الذى قد استحق العين مسلوبه المنفعه إلى المده.

و على كل حال فقـد عرفت عدم بطلانها بالبيع لما سـمعت، بل الظاهر ذلك حتى لو كان المشترى هو المسـتأجر، فيجتمع حينئذ عليه الثمن و الأجره، و ملك العين إنما يستتبع ملك المنافع إذا لم يستوف ملكها بسبب آخر كما هو واضح.

و كـذا لا تبطل بالعذر المانع من تمام الانتفاع المعده له العين مهما كان الانتفاع المقصود فى الجمله ممكنا و إن تخير المسـتأجر مع نقصـان الانتفـاع بين الفسـخ و الإمسـاك بتمـام الأـجره، كما أنها تبطل بتعـذر أصل الانتفاع، بل الظاهر بطلانها بتلف المنفعه المراده منهـا كمـا لو اسـتأجر أرضـا للزراعه فغرقت و أمكن الانتفاع بها بغيرها، ضـروره كون ذلك كتلف العين، و ستسـمع فيما يأتى إنشاء الله تمام الكلام فيه.

و هل تبطل بالموت المشـهور بين قدماء الأصحاب نعم (۱۱) إذ هو خيره الشـيخين فى المقنعه و النهايه و الخلاف و سلار و بنى زهره و حمزه و البراج و سعيد، بل فى الخلاف و الغنيه الإجماع عليه بل زاد فى الأول نسبته إلى أخبار الفرقه.

و قيل (۱۲) و القائل الأكثر من أصـحابنا على ما فى مهذب القاضـى لا تبطل بموت الموجر و تبطل بموت المسـتأجر (۱۳) و فى محكى المبسوط أنه الأظهر عند أصحابنا بعد أن حكى عنهم الانفساخ بموت كل منهما، و هو كالمتدافع.

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

و قال آخرون: لا تبطل بموت أحدهما و هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده و أشهر بين المتأخرين بل هو المشهور بينهم، بل فى المسالك نسبته إليهم أجمع و لعله كذلك إلا ما سمعته من ابن سعيد، و ما يظهر من تذكره الفاضل من الميل إلى الأول مع أن خيرته فى باقى كتبه الأخير كابن إدريس، و المصنف و الفخر و الشهيدين و الآبى و السيورى، و الصيمرى و الكركى و الأردبيلى و الخراسانى على ما حكى عن بعضهم، بل نسب إلى جماعه من القدماء كالاسكافى و أبى الصلاح بل فى السرائر نسبته إلى الأكثرين المحصلين، و فى المختلف أن أكثر الأصحاب لم يفتوا بالبطلان هذا.

و ظاهر المتن و غيره كصريح آخر انحصار الأقوال فى الثلاثه، لكن فى التذكره عن بعض علمائنا البطلان بموت المؤجر خاصه، إلا أنا لم نتحققه، و اقتصار المرتضى و ابن الجنيد على ما حكى عنهما على ذكر عدم البطلان بموت المستأجر لا يقتضى ذلك، بل لعله يقتضى العدم مطلقا بضميمه عدم القول بالفصل، و لعله لذا نسب غير واحد إليهما التسويه فى عدم الانفساخ.

كما أنا لم نتحقق القول الثانى لأحد، و إن نسبه ابن البراج إلى الأكثر كما عرفت، و نسبه غيره إلى الشيخ، لكن فى نهايته و خلافه ما سمعت، بل فى الأخير منهما أنه قول شاذ لا يعول عليه، و يقرب منه ما فى الغنيه.

و أما مبسوطه ففيه الموت يفسخ الإجاره سواء كان الميت المؤجر أو المستأجر عند أصحابنا، و الأظهر عندهم أن موت المستأجر يبطلها، و موت الموجر لا يبطلها و فيه خلاف و هو كما ترى.

نعم عن كشف الرموز أنه قول ابن طاوس، و يمكن إرادته كالمحكى عن الأكثر على فرض صحه الأجير الخاص، و قد ظهر بما ذكرنا انحصار الخلاف المعتد به فى القولين، الأول و الأخير، و لا ريب فى قوه الثانى لعموم «أَوْفُوا» و الاستصحاب و كون الإجاره من العقود اللازمه التى شأنها عدم البطلان بالموت، و إطلاق ما دل على لزوم

الکری فیها ک صحیح ابن یقطین (۱)و غیره.

و قیل خصوص

خبر أحمد بن إسحاق الرازی (۲)«قال کتب رجل إلی أبی الحسن الثالث علیه السلام، رجل استأجر ضیعه من رجل فباع المؤاجر تلک الضیعه التی آجرها بحضره المستأجر و لم ینکر المستأجر البیع و کان حاضرا له شاهدا

علیه فمات المشتری و له ورثه هل یرجع ذلک فی المیراث أم یبقی فی ید المستأجر إلی أن تنقضی إجارته فکتب علیه السلام إلی أن تنقضی إجارته».

و فیه إن ذلک غیر ما نحن فیه، ضروره کون المیت المشتری و هو غیر موجر و لا مستأجر، و دعوی قیامه مقامه بالنسبه إلی ذلک مخالف لظاهر کلام القائل، و لا استبعاد فی التزامه الفسخ بموت أحدهما، و إن خرجت المنفعه أو العین من أیدیهما بعقد لازم، إلا أنه بالنسبه إلیهما خاصه لا یتعدی منه إلی العقد الذی قد صدر منهما و کذا احتمال أن الوجه فی ذلک إطلاق الجواب الذی هو مساق لغیر ذلک.

نعم قد استدل علیه ب

خبر إبراهیم بن محمد الهمدانی بل صحیحه (۳)قال «کتبت إلی أبی الحسن علیه السلام و سألته عن امرأه آجرت ضیعتها عشر سنین علی أن تعطی الأجره فی کل سنه عند انقضائها لا یقدم لها شی ء من الأجره ما لم یمض الوقت، فماتت قبل ثلاث سنین أو بعدها، هل یحب علی ورثتها إنفاذ الإجاره إلی الوقت أم تکون الإجاره منقضیه بموت المرأه؟ فکتب علیه السلام: إن کان لها وقت مسمی لم تبلغه فماتت فلورثتها تلک الإجاره، و إن لم تبلغ ذلک الوقت و بلغت ثلثه أو نصفه أو شیئا منه فیعطی ورثتها بقدر ما بلغت من ذلک الوقت إنشاء الله».

و فیه- مع کونه بعد التسلیم لیس دالا إلا علی بطلان القول بالانفساخ مطلقا و القول به بموت الموجر دون القول به فی المستأجر خاصه، ضروره کون المفروض

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲۴- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۵ و فیه کتبت الی أبی الحسن علیه السلام.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۱.

فيه موت الموجر.

اللهم إلاـ أن يتمم بوضوح ضعف القول المزبور- أنه مبنى على إراده مده الإجاره من قوله «وقت مسمى» بقرينه السؤال، و أن قوله «و إن لم تبلغ ذلك» إلى آخره بيان للشرطيه الاولى لا مقابل لها، و أن المراد من قوله «فيعطى ورثتها بقدر» إلى آخره أنها تعطى بنسبه ما بلغت، فإن المعطى حينئذ بقدر ما لم تبلغ لا بقدر ما بلغت، و الجميع كما ترى.

و من هنا احتمل فى الروايه معنى آخر، و هو أن يكون المراد بالوقت النجم المضروب لدفع أبعاض الأجره، و هو انقضاء السنه، و يؤيده أن وقت الإجاره مفروض فى السؤال، فلا يقبل التشكيك و الاحتمال حتى يشترط ذلك، و كذا عدم بلوغها ذلك الوقت، بل قيل: إنه على هذا التقدير لا يلزم تفكيك فى الوقت، فان المراد بالمتكرر منه معنى واحد، بخلاف الأول فإن الوقت فى قول السائل أولا «ما لم يمض الوقت» هو وقت دفع الأجره لا وقت الإجاره.

و كذا قوله عليه السلام «إن كان لها وقت مسمى» فإن مده الإجاره ليس لها، و إنما عليها إمضاؤها، بخلاف وقت أخذ الإجاره، و كذا حسن المقابله بين الشرطين فان المراد من الأولى حينئذ موتها عند انتهاء النجم قبل أخذ الأجره، و المراد من قوله «لم تبلغه» أنها لم تبلغها أجرته، و من الثانيه موتها فى أثنائه فى الثلث أو النصف أو غيرهما، و يكون

قوله عليه السلام «فيعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت»

على ظاهره و هو أن الورثه يعطون مقدار الأجره الماضيه دون الباقيه، و على هذا فيكون مدلول الروايه ضد المطلوب.

لكن فى مصابيح العلامه الطباطبائى أن الظاهر هو المعنى الأول، و

قوله عليه السلام «إن كان لها وقت مسمى لم تبلغه»

كالصريح فى عدم بلوغ الوقت، و الحمل على عدم بلوغ الأجره فى غايه البعد، و فى بعض النسخ مكان لم تبلغه «لم تبلغ» و الدلاله فيه أظهر و أوضح، و حمل قوله «بقدر ما بلغت» على إراده النسبه كما سمعت، ليس بهذه المثابه من البعد.

ثم قـال: و يحتمـل عود الضـمير فى قوله «بلغت» إلى الورثه دون الامـرأه فيكون المراد بقيه المـده التى صـارت للورثه و فى قول السائل «هل يجب» إلى آخره دلاله واضحه على إراده المده دون الأجل المضروب كدفع الأجره، و الأمر فى باقى القرائن هين».

قلت: قـد يقال: إنه ظاهر بالفسـخ على تقدير الأول أيضا و ذلك بأن يكون المراد إن كان للإجاره وقت مسـمى و لم تبلغه المرأه أى لم تبلغ شـيئا منه بقرينه الشـرطيه الثـانيه، على معنى أنهـا آجرت إلى مـده معلومه، فمـاتت حـال الإجاره قبل أن تبلغ شـيئا من المده، فالحكم فيه حينئذ أن لورثتها تلك الإجاره، على معنى أن لهم إمضاؤها أو فسـخها، بناء على أن المراد من القول بالفسـخ بالموت عدم لزوم الإجاره، على الورثه نحو ما اعترف به القائل بالصـحه فيما استثناه من هذه المسئله و هو إجاره البطن الأول من الموقوف عليهم، و انتقـل الوقف إلى البطن الثـانى بموت الأولين فى أثنـاء الإجـاره، فـإن لهم الخيـار فى إنفاذ الإجاره الأولى و فسـخها، و إن أبيت عن ذلـك باعتبـار ظهور كلام القائل هنا فى انفساخ عقـد الإجاره و بطلانه بالموت على وجه لا تنفعه إجازه الوارث، فيمكن أن يكون المراد أن الورثه إن شاؤا آجروا، و إن شاؤا لم يؤجروا.

و على كـل حال فالمراد من الشـرطيه الثانيه أنها إن لم تبلغ المرأه الوقت المسـمى و لكن بلغت ثلثه أو نصـفه مثلا، فللورثه حينئذ من الأجره مقدار ما بلغت الامرأه من الوقت إن ثلثا فثلث، و إن نصـفا فنصف، ضـروره أنه مقتضـى انفساخ عقد الإجاره، حتى لو اشترط على الامرأه تأخير الأجره إلى تمام السـنه مثلا كما هو مفروض السؤال، لعـدم تأثير الشـرط بعـد انفساخ العقـد الذى ذكر فيه، و حينئذ تتضح دلالتها على الانفساخ على هذا التقدير، بل هى كذلك أيضا على نسخه «لم تبلغ».

بـل لعـل مـا ذكرنـاه أولى مما سـمعته، بل يمكن القطع بعـدم إراده ما ذكره فى تفسـير يعطى ورثتها بقـدر ما بلغت، على تقـدير الدلاله على الصحه كما أنه يمكن

القطع بفساد تفسير لم تبلغه على التقدير الثانى، بأنها لم تبلغها أجرته، و اشتمال السؤال على ذكره مده الإجاره، لا ينافى عدم ملاحظته فى الجواب الذى أريد منه تفصيل الحكم بحسب الأفراد، على أن ذلك وارد على تقدير إراده الأجره لا عقد الإجاره.

و أظرف شى ء استبعاد إراده الإجاره من الجواب، بأنه ليس لها أى المرأه مده الإجاره و إنما عليها إمضاؤها، ضروره كون المراد من ضمير لها الإجاره، لا المرأه، حتى يرد ذلك، على أن مده الأجره ليس لها أيضا بل عليها.

و على كل حال فلا ريب فى ظهور الخبر المزبور فى البطلان كما اعترف به المجلسى فيما وجدته فى حواشيه على هامش ما حضرنى من نسخه الكافى، و فاضل الرياض، و بذلك يقوى القول المزبور، خصوصا بعد الاعتضاد بما سمعته من الغنيه و الخلاف، بل فى التذكره بعد حكايه ما فى الخلاف قال: «و لا شك فى عدالته و قبول روايته مسنده، فتقبل مرسله» قلت: مضافا إلى أن نقل العدل ما هو حجه من خبر معتبر أو إجماع أو نحو ذلك حجه فتأمل.

على أنه لا- معارض لذلك، سوى عموم أو إطلاق أو استصحاب أو نحو ذلك مما يخرج عنه بأقل من ذلك، كقاعده تسلط الملاك الذين منهم مالك المنفعه على ملكهم، فلهم نقله مده طويله و قصيره و نحو ذلك، و كان المتأخرين لم يقفوا على الخبر المزبور، أو لم ينقحوا دلالته، و لذا لم يتعرضوا له.

و من هنا يضعف الاعتماد على شهرتهم على أنها- مع خروج ابن سعيد منهم و الفاضل فى التذكره- معارضه بما عرفت، من كون البطلان مذهبا لمن سمعت.

و لا- ينافى ذلك ما سمعته من المبسوط، فإنك قد عرفت تدافعه، على أنا لم نتحقق ما حكاه عنهم من كون الأظهر عندهم التفصيل المزبور.

و من الغريب ما فى الرياض من دعوى معارضه الإجماعين المزبورين بما فى المبسوط من الإجماع على التفصيل، مشيرا به إلى ما سمعته من عبارته التى هى مع تدافعها و عدم الإشاره فيها إلى الإجماع لم نتحقق ما حكاه فيها من أظهريه التفصيل

عندهم كما أنا لم نتحقق نسبه ابن البراج له إلى الأكثر، فإنه لم نعرفه قولا لأحد معلوم.

و كذا ما حكاه ابن إدريس عن الأكثرين المحصلين من القول بالصحه مطلقا، فإنه لم يعرف لأحد ممن تقدمه، سوى ما يحكى عن ابن الجنيد و المرتضى و أبى الصلاح، مع أنه لا صراحه فى كلام الأولين منهم، لاقتصاره على عدم الانفساخ بموت المستأجر.

اللهم إلا أن يتمم بعدم القول المعتد به فى الصحه بذلك، لكنه قد يمنع الإتمام بذلك على وجه يحصل منه الإجماع المركب، خصوصا فى أمثال القدماء الذين هم مبدء الأقوال، و مع التسليم فهم محجوجون بما عرفت.

نعم لا دلاله فى خصوص الخبر على الفسخ بموت كل منهما، بل أقصاه الفسخ بموت المؤجر، إلا أنه يمكن تتميمه بعدم القول المعتد به فى الفصل بينهما فى ذلك كما عرفت.

لكن و مع ذلك كله فالاحتياط لا ينبغى تركه، كما أنه لا ينبغى تركه فيما لو آجر الولى، و لو الشرعى، أو استأجر للمولى عليه، فمات هو، فإن الفسخ بموته حينئذ و إن قلنا به فى غيره لا يخلو من إشكال بل منع بل قد يحتمل عدم الفسخ أيضا بموت المولى عليه أيضا، اقتصارا فيما خالف الأصل على محل النص الذى هو المنساق من معقد الإجماعين و الفتاوى.

و كيف كان فقد استثنى القائل بعدم الانفساخ موت الأجير الخاص، و الموقوف عليهم، و من اشترط عليه استيفاء المنفعه بنفسه، و المراد بالأجير الخاص من آجر نفسه على أن يعمل بنفسه عملا مخصوصا، و لا ريب فى انفساخ الإجاره بموته إذا فرض تعلقها بعمله المخصوص، لا عمل كلى فى ذمته و اشترط عليه أداؤه بنفسه، فان المتجه حينئذ ثبوت الخيار للموجر بتعذر الشرط، لا الانفساخ، و منه يعلم المناقشه فى الثالث.

أما الثانى فالظاهر أن للبطن الثانى إنفاذ إجاره البطن الأول و عدمه، فهو

شبه الفضولی بالنسبه إلیهم، لا الانفساخ و البطلان کما سیأتی الکلام فیه إنشاء الله.

نعم ینبغی تقییده بما إذا لم یکن الموجر ناظر الوقف لمصلحه الوقف و لو الشرعی، فإن الظاهر مضیه علی البطون المتأخره، باعتبار ولایته علی ذلک، فهو بمنزله إجارتهم، و إن احتمل فیه الانفساخ أیضا.

لکنه ضعیف کضعف احتمال مضی إجاره البطن الأول علی البطون المتأخره، باعتبار کون المنفعه ملکا لهم، فهو کالعین المملوکه التی یؤجرها مالکها، زائدا علی أیام حیاته.

و فیه مالا یخفی من وضوح الفرق بین الأمرین، فإن الموقوف علیهم یتلقون الملک من الواقف، و لیس للبطن الأول منه إلا أیام حیاتهم، بخلاف العین المملوکه غیر الوقف، فان مالکها یملک منفعتها إلی آخر الأبد علی حسب ملکیه العین، و إن زالت بموت و نحوه، فینتقل منه حینئذ إلی ورثته، فله إخراج المنفعه عن ملکه زائدا علی أیام حیاته، لأنها من أملاکه، و الناس مسلطون علی أموالهم، فتنتقل إلی الوارث مسلوبه المنفعه، أما الموقوف علیهم فملکهم الذی جاء إلیهم من قبل الواقف مقید.

فمن الغریب اشتباه بعض علماء العصر فی ذلک، مع أنی لم أجد من وافقه علیه نعم ذکره بعض الأصحاب احتمالا، و لیته لم یذکره، و کذا تنفسخ لو کان الموجر موصی له فی المنفعه مده حیاته فمات فی أثنائها لانتهاء استحقاقه و الله العالم.

و علی کل حال فضابط مورد الإجاره أن کلما صح إعارته من حیث کونه عینا ینتفع به مع بقائه صح إجارته بلا خلاف أجده فیه نقلا و تحصیلا بل إجماعا کذلک، لما تقدم فی العاریه من أن العین المستعاره هی کلما یصح الانتفاع به مع بقاء عینه، کالثوب و الدابه و نحوهما، و ذلک بعینه مورد الإجاره عرفا، و لغه التی هی المستعمله فی نقل المنافع فی مقابل نقل البیع الأعیان، فینصرف الأمر بالوفاء بالعقود و غیره من إطلاق کل منهما إلی ذلک، فلا دلیل حینئذ علی

صلاحیه نقل البیع للمنفعه، و الإجاره للعین، کی یخرج به عن مقتضی أصاله عدم الانتقال و نحوها.

و لا یقدح فی هذا الضابط جواز عاریه المنحه للحلب دون الإجاره له، عکس المرأه للرضاع بعد أن کان ذلک بالدلیل، مع إمکان منع کون الأول عاریه حقیقه، بل هو إباحه کغیرها من إباحات إتلاف الأعیان، و جواز المنحه أعم من کونه عاریه و إمکان منع نقل عین اللبن بها فی الثانی، و إن استلزم الإرضاع الذی هو عمل محض إتلاف اللبن.

کما لا یقدح لذلک أیضا جواز نحو استیجار الحر، دون عاریته، فی العکس المستفاد من الکلیه المزبوره، و لو بقرینه إراده ضبط مورد الإجاره منها، و لا یتم إلا بکلیه العکس، علی أن المراد بالضابط المزبور من حیث کونه عینا ینتفع بها مع بقائها، فلا یقدح وجود مانع آخر للعاریه أو الإجاره کما هو واضح.

نعم لا شی ء مما لا تصح إعارته لعدم کونه عینا ینتفع بها تصح إجارته، بلا خلاف أجده فیه أیضا، بل الإجماع بقسمیه علیه، مضافا إلی أصاله عدم الانتقال بعد معلومیه کون موردها غیر ذلک عرفا و لغه علی وجه تنصرف الأدله إلیه، فلا شمول فی شی ء منها حینئذ کی یعارض الأصل المزبور.

و أما إجاره المشاع فهی جائزه عندنا کالمقسوم کما فی المسالک و الروضه، لعموم (۱)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و خصوص إطلاقات الإجاره، و استیفاء المنفعه ممکن بموافقه الشریک.

نعم لا یسلم العین إلا باذنه، و لو أبی رفع أمره إلی الحاکم، کما إذا تنازع الشریکان، و الإشاعه لا تنافی معلومیه المشاع بحسب حاله، و لذا جاز وقوع البیع علیه و غیره من العقود، و لا فرق فی صحه إجارته بین العلم بإشاعته و الأقدام علیها، و بین الجهل بذلک، کما إذا أقدم علی استیجار الکل مثلا فبان عدم استحقاق المؤجر أزید من النصف، و لم یجز المالک، و ان کان للمستأجر حینئذ خیار تبعیض الصفقه،

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

و التعیب بالشرکه کما هو واضح و الله العالم.

و العین المستأجره أمانه لغه و عرفا ضروره کون الاستیلاء علیها بإذن من المالک أو من یقوم مقامه، بناء علی تحقق صدق الأمانه بذلک ف لا یضمنها حینئذ المستأجر إلا بتعد أو تفریط کما فی کل أمانه، للأصل المستفاد من

السنه فی عده مقامات، و الإجماع بقسمیه، و به یخرج عن

عموم (۱)«علی الید»

و لو کان شاملا للأمانه.

نعم لا ریب فی الضمان و لا خلاف فیه بل الإجماع بقسمیه علیه أیضا معهما، مضافا إلی عموم النصوص نحو «من أتلف»

و «علی الید»

و نحوهما.

و خصوص

صحیح علی بن جعفر(۲)عن أخیه علیهما السلام «سألته عن الرجل استأجر دابه فأعطاها غیره فنفقت فما علیه، قال: إن کان اشترط أن لا یرکبها غیره فهو ضامن لها، و إن لم یسم فلیس علیه شی ء».

و فی آخر(۳)فی المتعدی فی البغل «أرایت لو عطب البغل أ لیس کان یلزمنی، قال: نعم قیمه البغل یوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل کسر أو دبر أو عقر فقال:

علیک قیمه ما بین الصحه و العیب یوم ترده علیه».

و فی صحیح الحلبی (۴)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل تکاری دابه إلی مکان معلوم فنفقت الدابه، قال: ان کان جاز الشرط فهو

ضامن، و إن دخل وادیا و لم یوثقها فهو ضامن، و إن سقطت فی بئر فهو ضامن، لانه لم یستوثق منها»

إلی غیر ذلک من النصوص الداله علی ذلک.

بل و علی الحکم الأول بمقتضی المفهوم، کبعض النصوص (۵)المشتمله علی تعلیل عدم ضمان العاریه بالأمانه، و الوارده فی عدم ضمان الأجیر(۶)ما یتلف

۱- ۱ المستدرک. ج ۲ ص ۵۰۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۳.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحکام العاریه.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۳۲- من أبواب أحکام الإجاره.

فی یـده إذا کان أمینا، و نحو ذلک مما یسـتفاد منه الأصل المزبور فی الأمانه الذی مقتضاه هنا عدم الفرق بین التلف فی المده و بعـدها، إذا لم یحصـل منه منع للمؤجر عن عینه إذا طلبها، بل خلی بینه و بینها، ضـروره کونها أمانه أیضا فی هـذا الحال، فیجری علیها الحکم السابق، للاستصحاب و إطلاق أدله الأمانه.

و دعوی- کونها أمانه شـرعیه حینئـذ فیضـمنها مع الإخلال بالرد فورا- یدفعها بعد التسـلیم منع وجوب الرد علیه علی وجه تکون المؤنه علیه، بل أقصاه وجوب التمکین و التخلیه بینها و بین المالک، فما عن الإسـکافی و الطوسـی من إطلاق الضمان بعد المده واضح الضعف، خصوصا بعد أخصیه الدلیل المزبور عن الدعوی کما هو ظاهر.

اللهم إلاـ أن یقـال: إن الأصل ضـمان مال الغیر إلا ما خرج بعنوان شـرعی، کاللقطه و الودیعه و نحوهما، و لیس للأمانه مصـداق عرفی زائـد علی الودیعه، و ما ورد من التعلیل بالأمانه فی غیرها- یراد به کالأمانه فی الحکم و الإذن الشـرعی بل و المالکی- إذا لم تنـدرج فی عنوان نفی عنه الضـمان- لا یقتضـی عـدمه، کما لا یخفی علی من لاحظ اسـتقراء الموارد من المقبوض بالسوم و الطبیب و البیطار، و غیر ذلک.

و العین المسـتأجره فی المده غیر مضـمونه إلا بالتعدی أو التفریط، أما ما بعدها فیبقی علی قاعده الضمان، اللهم إلا أن یدعی أنه شامل لهذا الحال، و لو للزومه له فی العاده. و لکنه لا یخلو من تأمل و الله العالم.

و کیف کان ف فی اشتراط ضـمانها من غیر ذلک أی التعدی و التفریط تردد ینشأ من قاعده «المؤمنون» و إطلاق أدله العقود، و الإجاره، و من منافاته لمقتضـی العقد أو الأمانه أظهره المنع بل هو الأشـهر، بل المشهور بل فی جامع المقاصد باطل قطعا، بل لم أجـد فیه خلافـا الا ما یحکی عن الأردبیلی و الخراسانی من المیل إلی الصـحه، و تبعهما فی الریاض تمسـکا بالعموم المزبور مع ضعف المعارض، لمنع منافاته علی إطلاقه، بل هو حیث لم یکن هناک شرط.

و

الخبر(۱)رجل استأجر سفينه من ملاح فحملها طعاما فاشترط عليه إن نقص الطعام فعليه، فقال: جائز، قلت: إنه ربما زاد الطعام قال: فقال: أ يدعى الملاح أنه زاد فيه شيئا؟ قلت لا، قال: لصاحب الطعام الزياده، و عليه النقصان إذا كان قد اشترط عليه ذلک»

و غيره مما دل على نحو ذلک.

و فيه: أنه و إن لم يكن منافيا لمقتضى العقد، إلا أنه مناف لمقتضى ما دل على عدم ضمان الأمانه، الشامل بعمومه لحال الشرط، فيكون التعارض بينه و بين المؤمنون من وجه.

و لا ريب فى أن الترجيح للأول بالشهره و الأصل و غيرهما، بل قد يمنع شمول الثانى لذلک، باعتبار ظهوره فى كونه ملزما كالنذر و العهد، لا شارعا جديدا نحو الصلح، فإثبات الضمان به- حينئذ مع أن أسبابه انما تستفاد من الشرع- لا يخلو من منع.

و حصوله فى العاريه بدليل خاص لا تقتضى ثبوته فى المقام بعد حرمه القياس، و إلا لاقتضى جواز اشتراط ضمان الوديعه و نحوها من الأمانات التى يمكن دعوى معلوميه خلافه من مذاق الشرع، و احتمال كون المراد من الضمان الإلزام بأداء مقدار مخصوص من ماله على تقدير التلف مثلا و لو من غير تعد و لا تفريط مخالف للفرض، ضروره كون المراد الضمان به على حسب الضمان بالتعدى و التفريط و نحوهما من الأسباب الشرعيه له، و البحث فى صلاحيه عموم المؤمنون لمثل ذلک.

و أما الخبر و نحوه فهو فى ضمان من أخذ الأجره، لا من دفعها، و ستعرف البحث فيه من دون شرط، فضلا عن الاشتراط، كما أن لتمام تحقيق الحال فى عموم «المؤمنون» و صلاحيته لتناول أمثال ذلک و لنتائج العقود محلا آخر و الله هو العالم.

و ليس فى الإجاره خيار المجلس إجماعا بقسميه بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر، مضافا إلى قاعده اللزوم السالمه عن المعارض هنا، بعد حرمه القياس عندنا،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۷- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱ مع اختلاف يسير.

بل لا يجوز اشتراطه هنا و إن جوزناه فى البيع، من غير اشتراط مده لثبوته فيه كـذلك، أما معها فالظاهر الجواز، لكن يكون خيار شرط، لا مجلس، كما هو واضح.

نعم لاـ إشكال و لا خلاف فى ثبوت خيار الشرط فيها، بل ربما استظهر من التـذكره الإجماع عليه لعموم دليله، و حينئـذ ف لو شرط الخيـار لأحـدهما أو لهما أو لأجنبى جاز سواء كانت الإجاره على عين معينه كأن يستأجر هـذا العبـد أو هـذه الـدار أو فى الـذمه كأن يستأجره ليبنى له حائطا خلافا لبعض العامه، فلم يجوزه فى المعينه و لا ريب فى بطلانه، ضروره كون الإجاره كالبيع بالنسبه إلى ذلك، و لذا كان حكم الخيار الثابت فيها من الموت و نحوه كحكم الخيار فيه.

و قـد تقـدم فى بحث الخيـار من البيع تمام الكلام فى أحكامه و أقسامه التى منها خيار الشـرط الـذى من أفراده خيار المؤامره، و خيار رد الثمن و غير ذلك مما هو مـذكور فى محله، فلاحظ ما هناك كى تعرف ما يجرى من ذلك هنا بل الظاهر جريان خيار الرؤيه و العيب و الغبن و الاـشتراط و تبعض الصـفقه، و تعـذر التسـليم و الفلس و التـدليس، بـل و الشـركه و لو فى الأجره، على معنى أنه إذا آجر داره مثلاـ بأجره معينه، و قبـل القبض قـد امتزجت بغيرها على وجه لا تتعين للاشتراك فى الـدليل، بل و كـذا خيار ما يفسد ليومه، أما خيار الحيوان فلا يجرى فيها، و كذا خيار التأخير ثلاثه أيام، مع احتمال جريان الأخير.

و بـالجمله كـل خيار فى البيع كان دليله أو من أدلته خبر الضـرار و نحوه، يتجه جريانه، بخلاف ما اختص بـدليل خاص لا يجوز التعدى عنه إلا بالقياس المحرم عندنا.

نعم ربمـا يمر عليـك فى أثنـاء المبـاحث خيـار لا ينـدرج فى الخيارات المزبوره، و لا بأس به بعـد فرض قيام الـدليل عليه لعـدم الحصر العقلى و لا الشرعى فيها كما هو واضح.

[الفصل الثانی فی شرائطها]

اشاره

الفصل (الثانی:

فی شرائطها: و هی سته)

[الشرط الأول أن یکون المتعاقدان مالکین کاملین جائزی التصرف]

الأول: أن یکون المتعاقدان مالکین کاملین بالبلوغ و العقل و الاختیار جائزی التصرف لعدم الفلس و السفه و نحوهما من أسباب الحجر، فلو آجر المجنون لم تنعقد إجارته و لو أجاز ولیه بعد ذلک، و کذا الصبی الغیر الممیز بل و کذا الممیز.

لکن فی المتن هنا إلا بإذن ولیه و هو مخالف لما تقدم له فی البیع، بل لم نعرف به قائلا قبله، و إن قال هنا أیضا. و فیه تردد فإنه غیر خفی علیک عدم خصوص دلیل فی المقام یصلح فارقا بینه و بین البیع، کما أنه لا وجه معتد به للتردد فی أصل ذلک فی المقام و فی البیع، من غیر فرق بین بلوغ الذکر عشرا عاقلا و عدمه، لما تقدم هناک فلاحظ کی تعرف ما هنا.

بل و تعرف المراد من شرطیه مثل ذلک، فإنه بالنسبه إلی بعض، شرط صحه فیفسد العقد بفقده، و بالنسبه إلی آخر شرط نفوذ العقد، فلا یفسد العقد حینئذ بفقده آنا ما، بل تبقی قابله للتأثیر إلی آن حصوله، کما تقدم فی عقد المکره و الفضولی و السفیه و المفلس و نحوهم کما تقدم تفصیل ذلک کله فی البیع الذی لم نعثر علی ما یصلح للفرق بینه و بین الإجاره فی ذلک کله فلاحظ و تأمل.

[الشرط الثانی أن تکون الأجره معلومه بالوزن أو الکیل أو العد]

اشاره

الشرط الثانی: أن تکون الأجره معلومه بالوزن أو الکیل أو العد فیما یکال أو یوزن أو یعد لیتحقق انتفاء الغرر (۱۱) و الجهاله المبطله بالإجماع کما فی المختلف نحو ما سمعته فی البیع الذی هو نحو الإجاره فی ذلک و شبهه، و إن اختلفا فی نقل الأعیان و المنافع، و هو الحجه علی اعتبار العلم المزبور، مضافا إلی ما فی المسالک عن النبی صلی الله علیه و آله و سلم أنه نهی عن الغرر مطلقا و إن کنا لم نتحققه، إلا انه منجبر هنا بالعمل من الأصحاب.

و قیل (۱۲) و القائل جماعه کما فی المسالک منهم الشیخ و المرتضی تکفی

المشاهـده فی ارتفـاع الجهـاله و الغرر، و هو حسن فیما ترتفع الجهاله و الغرر بها عرفا مما تکفی المشاهـده فیه لا مطلقا. ضـروره عـدم کفایتها فی مثل الموزون و المکیل و المعـدود، و إلا لکفت فی البیع المعلوم اعتبار عدمهما فیه، علی وجه یرتفع معه النزاع و الخطر، و یتحقق به صـدق بیع المعلوم عرفـا غیر المجهول، إذ لاـ یکون ذلـک إلا بملاحظه ما أعـد عرفا لرفع الجهاله، و تحقق العلم من الوزن و الکیل و العد فیما تعارف اعتبارها فیه.

و دعوی الفرق بین الإجاره و البیع بالنسبه إلی ذلک واضحه الفساد، بعد ما سمعت من الإجماع و غیره، کدعوی کفایه المشاهده فیهما، و التمسک بآیه «أَوْفُوا» و نحوها من العموم یقضـی بعـدم اعتبار المشاهـده أیضا فی الصـحه الذی لا یقول به الخصم، فإنه علی الظاهر یبطل الإجاره مع الجهاله، لکن یدعی ارتفاعها بالمشاهده، و دعوی اعتبار ما یرتفع بالمشاهده من الجهاله دون غیرها مجرد تهجس و تحکم هو واضح.

و کیف کان فلا خلاف کما لا إشـکال فی أنه تملک الأجره بنفس العقـد الذی مقتضاه تبدیل ملک بملک، فمع فرض جامعیته شرائط الصـحه تترتب علیه آثاره التی منها الملک فی العوضـین، لکن لا یجب تسـلیمها قبل المعوض الذی هو العین المؤجره أو العمل المستأجر علیه، علی حسب الثمن و المثمن فی البیع الذی قد عرفت تمام الکلام فیه فی محله.

فلو کان المستأجر وصیا لم یجز له التسلیم قبله إلا مع الإذن صریحا من الموصی، أو شاهد الحال، و إلا کان ضامنا حتی لو توقف الفعـل علی الأـجره، کالحـج و امتنع المسـتأجر من التسـلیم، و لـم یتمکن من إجباره علی ذلک کان له الفسـخ، بل فی المسالک کان للأجیر الفسخ أیضا، و لا یخلو من اشکال بعد فرض إقدامه علی الإجاره التی مقتضاها ذلک، فتأمل جیدا.

و علی کـل حـال فـالمراد ممـا فی المتن و غیره من انه یجب تعجیلهـا أی الأـجره مـع الإطلاـق و مع اشـتراط التعجیـل الـذی هو کالشرط المؤکد دفعها فی أول أوقات الوجوب، و هو وقت تمام العمل، و تسلیم العین المؤجره علی حسب

غيرها من عقود المعاوضه، من غير فرق بين الاشتراط و عدمه، و إن كان ربما يفيد فائده، و هى التسلط على الفسخ مع عدم الوفاء به من المؤجر، أو المستأجر.

نعم لو كان هناك تعارف بعقد ثم يسلم الأجره قبل المعوض على وجه ينزل العقد عليه، اتجه وجوبه حينئذ على المستأجر، نحو المشاهده فى العكس و هو واضح.

كما أنه لو شرط المستأجر مثلا التأجيل فى الأجره صح لعموم «المؤمنون» بشرط أن يكون الأجل معلوما مضبوطا بما لا يحتمل الزياده و النقصان كغيره من الآجال.

و كذا لو شرطها فى نجوم على وجه التقسيط فيجعل لكل أجل قسطا معلوما منها، للإطلاق، من غير فرق فى ذلك بين الإجاره الوارده على معين شخصى و المطلقه الوارده على كلى فى الذمه، خلافا لما عن بعض العامه فمنع فى الثانيه قياسا على السلم الذى يجب فيه قبض العوض فى المجلس، و هو كما ترى.

و إذا وقف الموجر على عيب فى الأجره سابق على القبض و إن كان متأخرا عن العقد كان له الفسخ المقتضى لزوال ملكه عما قبضه، فتعود المنفعه إلى ملكه إذا استلزم ذلك فسخ الإجاره لتعذر الإبدال أو تكون له المطالبه بالعوض (۱۱) إذا لم يتعذر كل ذلك إن كانت الأجره مضمونه (۱۲) فى الذمه.

و المناقشه- فى فسخ الإجاره فى الأول بأن الأجره كليه فى الذمه، فلا يستلزم زوال ملكيته عن الفرد المقبوض بفسخه لها فسخ أصل العقد، و إن تعذر البدل، بل ينتظر حتى يتمكن منه أو يغرم قيمته- واضحه الفساد، ضروره منافاه التزامه بذلك الضرر المنفى، مضافا إلى الاتفاق ظاهرا على أن له الفسخ فى هذا الحال، و إلى ثبوت الخيار فى نظائره بذلك.

بل الظاهر أن له الإمساك بالأرش فيه كما فى فوائد الشرائع و المسالك و لعله لصيرورته بتعذر البدل كالعين المعينه، فيثبت له حكمها من الفسخ أو الأرش.

نعم المتجه عدم فسخ العقد، و عدم الأرش إذا لم يتعذر البدل، بل يختص خياره بين الإمساك مجانا، و المطالبه بالبدل مع فسخه، للملكيه الحاصل من القبض الذى لا يستلزم فسخه فسخ العقد من أصله فى هذا الحال، و إن كان هو ظاهر جماعه فى باب الصرف، إلا أن التحقيق خلافه، كما أوضحنا ذلك فى الباب المزبور و فى باب السلم و نبهنا على اختلاف كلماتهم فى البابين فلاحظ، فإن منه يتضح لك الحال فيما هنا هذا كله فى المضمونه.

و إن كانت معينه كان له الرد أو الأرش على حسب العيب فى ثمن المبيع بلا خلاف أجده و لا إشكال، بناء على عدم اختصاص حكم العيب بالبيع.

نعم الظاهر اختصاص الحكم المزبور بما إذا لم يكن الأجره منفعه، و إلا جرى فيه ما تسمعه إنشاء الله من حكم العيب فى العين المستأجره عند تعرض المصنف له.

و لو أفلس المستأجر بالأجره فسخ الموجر إن شاء و إلا شارك الغرماء كما تقدم الكلام فى ذلك و فى فروعه و فى فلس الموجر مفصلا فى باب الفلس فلاحظ و تأمل.

و لا يجوز أن يؤجر المسكن و لا الخان و لا الأجير بأكثر مما استأجره، إلا أن يؤجر بغير جنس الأجره، أو يحدث فيه ما يقابل التفاوت كما عن ظاهر الشيخ، بل لعله ظاهر المقنعه، أيضا، و إن اقتصر فيها على الحانوت و الدار، و على استثناء الأحداث.

إلا أنه كالمصنف فى باب المزارعه صرح بكراهه إجاره الأرض بالأكثر قال فيها: و تكره إجاره الأرض بأكثر مما استأجرها الإنسان به، إلا أن يكون قد أحدث فيها عملا أصلحها به، ككرى نهر أو حفر ساقيه أو إصلاح داليه أو كراب أرض و أشباه ذلك.

و لا بأس أن يوجرها بأكثر قيمه مما استأجرها به إذا اختلف النوعان، فكان مال الإجاره عينا و ورقا و إجارتها حنطه أو شعيرا و إن لم يحدث فيها شيئا، و إنما يكره

ذلك فيما يتفق نوعه، أو يكون عينا و ورقا دون غيرهما من العروض.

و هـذا التفصـيل بين الأـرض و الثلاثه أحـد الأقوال في المسأله، و ربما أضـيف إليها الحانوت و الرحى، بل قـد عرفت أن المفيد اقتصر على أولهما مع الدار.

و على كل حال فيدل عليه من النصوص

خبر أبي الربيع الشامي (۱)عن أبي- عبد الله عليه السلام «سألته عن الرجل يتقبل الأرض من

الـدهاقين فيؤاجرهـا بـأكثر مما يتقبلها، و يقوم فيها بحظ السـلطان قال: لا بأس به إن الأرض ليست مثل الأجير، و لا مثل البيت إن فضل الأجير و البيت حرام».

و خبر أبي المغراء(۲)«عن أبي عبـد الله عليه السـلام في الرجل يسـتأجر الأرض ثم يؤاجرها بأكثر مما اسـتأجرها فقال: لا بأس إن هذا ليس كالحانوت و لا الأجير، إن فضل الأجير و الحانوت حرام».

و خـبر إبراهيم بن ميمون (۳)«إن إبراهيم بن المثنى سأل أبا عبد الله عليه السـلام و هو- يسـمع- عن الأرض يسـتأجرها الرجل ثم يؤاجرها بأكثر من ذلك قال: ليس به بأس، إن الأرض ليست بمنزله البيت و الأجير، إن فضل البيت حرام، و فضل الأجير حرام».

و أما الجواز مع الإحداث فللأصل و الإجماع بقسميه، و

صحيح الحلبي (۴)عن أبي عبد الله عليه السـلام «في الرجل يسـتأجر الدار ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها قال: لا يصلح ذلك إلا أن يحدث فيها شيئا».

و صحيحه الآخر(۵)عنه أيضا «لو أن رجلا استأجر دارا بعشره دراهم فسكن ثلثيها و آجر ثلثها بعشره دراهم لم يكن به بأس، و لا يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث فيها شيئا»

بنـاء على إراده الحرمه من نفي الصـلاح في السـابق و لو بقرينه النصوص السابقه التي لا ريب في أولويه حمله عليها من العكس، لأصرحيتها

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۲.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۴.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۵.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۲ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۴.
۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۲ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۳.

منه، بل قد يقال: بأنه للقدر المشترك فى العرف السابق.

و أما الجواز مع تغاير الجنس فإنه و إن لم يـذكر فيما وصل إلينا من النصوص لكن يدل عليه- مضافا إلى الإجماع المحكى عليه إن لم يكن المحصـل و ظهور أن سـبب المنع الربـا المعلوم انتفـاؤه فى الفرض أصاله الجواز، بناء على عـدم شـمول أدله المنع له ضروره لفظ الأكثريه مما اسـتأجرها به فى اتحاد الجنس، لعـدم صـدق الأكثريه حقيقه فى المختلف، و من هنا قيـد فى المقنعه و الانتصار الأكثريه فيه بالقيمه.

نعم إلحـاق الرحـا بهـا كمـا هو ظـاهر الحر فى الوسـائل لاـ يخلو من منع، إذ لم نعثر له على نص صالـح للإخراج به عما يقتضـى الجواز، سوى

خبر أبى بصير(۱)قـال أبو عبـد الله عليه السـلام: «إنى لأكره أن اسـتأجر رحا وحـدها ثم أو أجرها بأكثر مما اسـتأجرتها به، إلا أن تحدث فيها حدثا أو تغرم فيها غرامه»

و هو لضعف سنده و قصور دلالته غير صالح للخروج به عما يقتضى الجواز.

و كذا إلحاق السفينه للخبر(۲)القاصر سندا و دلاله أيضا

«لا بأس أن يستأجر الرجل الدار أو الأرض أو السفينه ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح شيئا»

ضروره أعميه ثبوت البأس من الحرمه.

و بذلك كله ظهر لك قوه القول بالتفصيل المزبور، و هو الحرمه فى البيت و الدار و الحانوت و الأجير لتصريح النصوص السابقه بالفرق بين الأرض و بينها.

و لعل مراد المصـنف بالخان، الحانوت، فإنه أحـد معانيه كما صـرح به فى القاموس. فيكون حينئـذ موافقا لما ذكرنا من المنع فى المذكورات، خلافا لجماعه من القدماء منهم المرتضى و الحلبى فى ظاهر الانتصار و الغنيه، و الشيخان و ابن الجنيد و الصدوق و ابن البراج و سلار فيما حكاه فى المختلف عنهم.

و إن كان فيه ما فيه، كما لا يخفى على المتتبع، فلم يفرقوا فى المنع بين

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ۲.

المـذكورات و غيرهـا من الأعيـان المسـتأجره، و لجمـاعه من المتـأخرين بـل نسب إلى أكـثر علمائنـا، فلم يفرقـوا فى الجواز بين الجميع، لكن على كراهيه و اختاره العلامه فى المختلف حاكيا له عن والده، و الديلمى فى رسالته، و

المفيد و إن كنا لم نتحققه، إذ الموجود فى المقنعه ما عرفت، و الكركى و ثانى الشهيدين و غيرهم إلا مع الاستثنائين.

نعم عن ابن الجنيـد تقييد ذلك بما إذا كان مال الإجاره ربويا، و لعله مراد غيره أيضا، كما أنه حكى فيه عن ابن البراج قولا آخر فى الكامـل، قال: «و من اسـتأجر الأرض بعين أو ورق و أراد أن يوجرها بأكثر من ذلك فعلى قسـمين: إما أن يكون قـد أحـدث فيها شيئا جاز، و إن لم يكن أحدث لم يجز، لأن الذهب و الفضه مضمونان.

و إن كـان اسـتأجرها بغير العين و الورق من حنطه أو شـعير أو غير ذلك جاز أن يؤاجرها بأكثر من ذلك إذا اختلف النوع، و هو ظاهر، فى عدم الجواز مع اختلاف النوع فى الورق، نحو ما سمعته من المفيد فى الكراهه.

و من الغريب بعد ذلك ما فى المسالك فى شـرح عباره المصـنف هنا، فإنه بعد أن ذكرها قال: «هذا قول أكثر الأصحاب استنادا إلى روايات حملها على الكراهه طريق جمع بينها و بين غيرها، و فى بعضها تصريح بها، و الأقوى الجواز فى الجميع إذ قد عرفت أن التفصـيل ليس قول أكثر الأصـحاب كما أنك قـد عرفت عـدم المعارض لنصوص الحرمه فى المذكورات أصـلا، فضـلا عن الصريح فى الكراهه، و خبر الرحى مع اختصاصه فيها قد عرفت الحال فيه كحسن الحلبى فى الدار.

نعم ما ذكره لا يخلو من وجه كذلك بالنسبه إلى الأرض، فإن النصوص قد تعارضت فيها، فيرجح ما دل على الجواز فيها سندا و دلاله، و يحمل المعارض على الكراهه، خصوصا مع عدم كمال ظهور بعضه فى الحرمه، فضلا عن الصراحه.

و دعوى- اقتضاء ثبوت ذلك فيها الثبوت فى غيرها لعدم القول بالفصل، و لإراده

المثال فیها- واضحه الفساد بوجود المفصل، کما عرفت، و بعدم إمکان إراده المثال بعد التصریح فی النصوص بالفرق بینها، و بین المذکورات کما سمعت، فلا ریب فی ضعف التعمیم المزبور.

بل قیل: إنه کذلک بالنسبه إلی المنع أیضا، لعدم ما یصلح للخروج به عما یقتضی الجواز من الإطلاقات، و العمومات عدا إجماع الانتصار و الغنیه، و هو- مع عدم صراحه الأول منهما فی ذلک بل و لا ظهوره کما لا یخفی علی من لاحظه- موهون بمصیر من عرفت: من القائل بالجواز مطلقا، أو فی الجمله إلی خلافه، و معارض بنصوص الأرض و الرحی، و نحوها مما هو أقوی منه من وجوه.

منها: الاعتضاد بالإطلاقات و العمومات، و عدا دعوی المثالیه فی نصوص المنع فی المذکورات، و هی أوضح من الاولی فسادا، بعد تصریح النصوص بالفرق بینها و بین الأرض، و هو مناف لذلک إلا إذا أرید حینئذ شده الکراهه و نحوها، مما هو خروج عن ظاهر الدلیل بلا مقتض، و عدا دعوی أنه ربا، فیشمله ما دل علی حرمته من الکتاب و السنه.

و فیها أنه لا ریب فی عدم کونه من الربا المعروف الذی هو القرض الذی یجر نفعا، أو البیع أو مطلق المعاوضه علی المکیل و الموزون المتحد الجنس بأزید منه، ضروره کون المقام لیس منه، و لا دلیل معتد به کما عرفت علی حرمه الزیاده مطلقا حتی یکون قسما ثالثا، بناء علی أن الربا کل زیاده محرمه.

نعم یتجه بناء علی ذلک کونه ربا فی خصوص المذکورات، لما سمعته من الدلیل علی حرمه الزیاده فیها، فتزداد حینئذ أدله الحرمه فیها، بل الظاهر عدم الفرق فی ذلک حینئذ بین ربویه رأس مال الإجاره و عدمها، لإطلاق الأدله، فما عن ابن الجنید من اعتبار ذلک فی الحرمه لا دلیل علیه، هذا.

و لکن قد یستدل للتعمیم المزبور ب

خبر الحلبی (۱)«قلت لأبی عبد الله علیه السلام أتقبل الأرض بالثلث و الربع فأقبلها بالنصف قال: لا بأس به، قلت: فأتقبلها بألف

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۱ من أبواب أحکام الإجاره الحدیث ۱- ۲- ۶.

درهم فأقبلها بألفين، قال: لا يجوز، قلت: لم؟ قال: لأن هذا مضمون و ذلك غير مضمون».

و خبر إسحاق بن عمار(۱)عن أبی عبد الله علیه السلام «إذا تقبلت أرضا بذهب أو فضه فلا تقبلها بأكثر مما تقبلتها به، و إن تقبلتها

بالنصف و الثلث فلك أن تقبلها بأكثر مما تقبلتها به، لأن الذهب و الفضه مضمونان».

و نحوه خبر أبی بصیر(۲)المروی فی الفقیه لكن فیه مصمتان بالصاد المهمله بدل مضمونان، و لعل المراد واحد، بعد ظهور التعلیل فی الأعم إذ أحسن شی ء یقال فیها:

أن المراد الفرق بین المزارعه و الإجاره، و كنی عن الثانیه بالضمان، باعتبار وجوب الأجره فیها علی كل حال، بخلاف المزارعه، فإن أجرتها غیر مضمونه، و من هنا جاز فیها الأكثر، سواء كانت مأخوذه بالإجاره أو المزارعه، بخلاف الإجاره، فلا یكون حینئذ للذهب و الفضه خصوصیه.

و منه یعلم أنه لا وجه للاستدلال بها علی ما سمعته من المفید، و كامل ابن البراج نعم هی علی هذا التقدیر تكون داله علی المنع فی الأرض، إلا أنها لمعارضتها بما عرفت تحمل علی الكراهه.

و لا ینافی ذلك ثبوت الكراهه فی المزارعه أیضا لو قلنا بها، ل

خبر الهاشمی (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام «سألته عن رجل استأجر من السلطان من أرض الخراج بدراهم مسماه أو بطعام مسمی، ثم آجرها و شرط لمن یزرعها أن یقاسمه النصف أو أقل من ذلك أو أكثر، و له فی الأرض بعد ذلك فضل أ یصلح له ذلك، قال: نعم إذا حفر لهم نهرا أو عمل لهم شیئا یعینهم بذلك فله ذلك.

قال: و سألته عن الرجل استأجر أرضا من أرض الخراج بدراهم مسماه أو بطعام معلوم فیؤاجرها قطعه قطعه أو جریبا بشی ء معلوم فیكون له فضل فیما استأجر من السلطان، و لا ینفق شیئا أو یؤاجر تلك الأرض قطعا علی أن یعطیهم البذر و النفقه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب أحكام الإجاره الحدیث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب أحكام الإجاره الحدیث- ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب أحكام الإجاره الحدیث- ۳.

فیکون له فی ذلک فضل فی إجارته، و له تربه الأرض أو لیست له؟ فقال: إذا استأجرت أرضا فأنفقت فیها شیئا أو رممت فیها فلا بأس بما ذکرت».

إذ یمکن الجمع حینئذ بالحمل علی شده الکراهه فی الإجاره دون المزارعه و لعله أولی من الجمع بحمل الإجاره فی نصوص الجواز علی المزارعه، فیبقی ما دل علی المنع من هذه الروایات و غیرها بلا معارض.

و لا ینافی ذلک التصریح بالفرق بینها و بین البیت و الأجیر، ضروره کون وجهه حینئذ واضحا باعتبار عدم المزارعه فیهما دونها، و إن کان یؤیده ما عرفت سابقا من الإجماع المحکی المعتضد بالمحکی من فتوی الأکثر، و کثره السؤال و الجواب فی النصوص عن ذلک، فیما لو آجر بعض العین بأکثر من الأجره و بالمساوی و نحو ذلک مما یستشعر من المذاق فیها حکم ما نحن فیه، و غیر ذلک.

إلا أنها لعدم ظهورها فی إراده الإجاره من الضمان، فضلا عن المصمت، بل أقصاه أنه احتمال أقرب من احتمال إراده بیان الفساد من الضمان، باعتبار کونه إجاره بالأکثر، أو باعتبار إراده المزارعه بالدراهم لا بالحصه المشاعه، أو نحو ذلک لا ینبغی أن یجسر بها علی مخالفه الأصل بل الأصول، و علی تعیین إراده المزارعه من الإجاره فی نصوص الجواز، و من هنا کان الحمل علی الکراهه أولی.

و أما احتمال تقیید نصوص الجواز بنصوص الأحداث أو بنصوص إجاره البعض بأکثر الإجاره، کما فی المختلف فواضح الفساد، خصوصا الثانی منهما بل الأول، ضروره منافاه النص علی الفرق بینها و بین البیت لذلک، کما هو ظاهر.

و من ذلک کله ظهر لک تمام الأقوال فی المسأله، و مستند کل واحد منها و بطلانه هذا کله فیما لو آجر تمام العین بأزید من الأجره.

و کذا لو سکن بعض الملک، لم یجز له أن یؤجر الباقی بزیاده علی الأجره و الجنس واحد إذ هو مع أنه مشمول لأدله المنع یستفاد حکمه من خبر أبی الربیع الآتی، و من الأول بالأولی و هو واضح.

نعم لا إشکال کما لا خلاف نصا و فتوی فی أنه یجوز إجاره

البعض المزبور و إن قل بأكثرها أى الأجره مع اتحاد الجنس، فضلا عن اختلافه.

إنما الكلام فى المساوى، و الأقوى الجواز للأصل بل الأصول، و

قول الصادق عليه السلام فى خبر أبى الربيع (۱)المروى فى الفقيه «و لو أن رجلا استأجر دارا بعشره دراهم فسكن ثلثيها و آجر ثلثها بعشره دراهم لم يكن به بأس و لكن لا يؤاجرها بأكثر مما استأجرها»

خلافا للمحكى عن الشيخ من المنع، لكونه ربا.

و لمضمر سماعه(۲)المشتمل على بيع المرعى بأزيد مما اشتراه أو بالمساوى، بناء على إراده الإجاره من البيع فيه، و لما يشعر به خبر على بن جعفر(۳)و غيره مما اشتمل على السؤال عن ذكر الإجاره بالأنقص، و لو قليلا مما يظهر أنه منتهى الجواز و ربما كان ذلك هو الظاهر من عباره المتن و ما شابهها.

لكن لا يخفى عليك عدم صلاحيه معارضه مثله للنص المزبور المعتضد بما عرفت، كسابقه الذى من المأول الذى لا يكون حجه مع عدم القرينه الصارفه و المعينه، و أما الربا فقد عرفت أنه غير الربا المتعارف، فيقتصر فيه على محل النص، و لا ريب فى عدم شموله للفرض، ضروره عدم صدق إجاره الأرض بالأزيد، الظاهر فى كون الأجره الثانيه أزيد من الأولى، و ليس ما بقى فى يده منها قطعا كما هو واضح هذا.

و ظاهر الأصحاب اختصاص الحكم المزبور فى الإجاره فى الأصل و فى الآخر أما لو كان فى الصلح أو الشرط مثلا فيهما أو فى أحدهما،

لإطلاق الأدله و هو جيد إن كان إجماعا، و إلا كان مشكلا بإطلاق حرمه الفضل فى البيت و الحانوت و الأجير مما ذكر فى وجه الفرق بين الأرض و غيرها، فلاحظ و تأمل و الله العالم.

و لو استأجره ليحمل له متاعا إلى موضع معين بأجره معينه و اشترط عليه وصوله فى وقت معين، فإن قصر عنه نقص عن أجرته شيئا معينا جاز وفاقا للأكثر نقلا و تحصيلا، بل المشهور كذلك للأصل، و قاعده «المؤمنون

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۳- لكن عن الحلبى.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۲ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۲ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۸.

عند شروطهم».

و

الصحیح أو الموثق أو الخبر المنجبر بما عرفت عن محمد الحلبی (۱)قال: «کنت قاعدا عند قاض من القضاه و عنده أبو جعفر علیه السلام جالس فأتاه رجلان فقال أحدهما:

انی تکاریت إبل هذا الرجل لیحمل لی متاعا إلی بعض المعادن و اشترطت علیه أن یدخلنی المعدن یوم کذا و کذا لأنها سوق أتخوف أن یفوتنی فإن احتبست عن ذلک حططت من الکری لکل یوم احتسبته کذا و کذا، و إنه حبسنی عن ذلک الوقت کذا و کذا یوما، فقال القاضی: هذا شرط فاسد وفه کراه فلما قام الرجل أقبل إلی أبو جعفر علیه السلام فقال: شرط هذا جائز ما لم یحط بجمیع کراه».

قیل: و ل

صحیح ابن مسلم (۲)قال: «سمعت أبا جعفر علیه السلام یقول: إنی کنت عند قاض من قضاه المدینه فأتاه رجلان فقال أحدهما: إنی اکتریت هذا یوافی بی السوق یوم کذا و کذا، و إنه لم یفعل، قال: فقال لیس له کرا. قال: فدعوته و قلت: یا عبد الله لیس لک أن تذهب بحقه، و قلت للآخر: لیس لک أن تأخذ کل الذی علیه اصطلحا فترادا بینکما».

و فیه أنه غیر محل الفرض الذی قد عرفت اشتراط النقصان فیه إن لم یوصله فیه، و لیس فیه تعرض لما عدا الیوم المعین بالأجره و لا لغیرها، بل لیس فی کلام الإمام أن اللازم فی غیره أجره المثل و لا غیرها.

بل فی حواشی ثانی الشهیدین علی روضته أن ما تضمنه الخبر من الحکم مخالف للقواعد الشرعیه، لأن اللازم من تعیینه الیوم المعین و السکوت عن غیره أنه لا یستحق فی غیره الأجره، کما قال ذلک القاضی إلا بفرض اطلاعه علیه السلام علی ما یوجب بطلان الإجاره فحکم علیهما بالاصطلاح، لأن الثابت أجره المثل، و هی خارجه عن المعین کما أشار إلیه فی کلامه.

و إن کان قد یدفع بمنع اقتضاء ذلک عدم الأجره مطلقا حتی علی نقله له فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث ۱.

بعض مده التعيين الذى بمقتضى عقد الإجاره، و الفرق بينه و بين الجعاله يستحق التقسيط، كما أنه يمكن منعه أيضا فيما لو أخذ التعيين شرطا لا مشخصا على وجه يكون المراد

نقل اليوم المخصوص، نحو الاستيجار مثلا على صوم أول يوم من رجب، فصام ثانيه، بل المتجه فيه مع فسخ العقد- لعدم الوفاء بالشرط- الرجوع إلى أجره المثل، و إلا فالمسمى.

لكن الظاهر حمل الخبر المزبور على التقسيط، و

رواه في الفقيه (۱)صريحا في غير الفرض، «قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إني كنت عند قاض من قضاه المدينه فأتاه رجلان فقال أحدهما: اني اكتريت من هذا دابه ليبلغني عليها موضع كذا و كذا فلم يبلغني الموضع فقال القاضى لصاحب الدابه: بلغته إلى الموضع؟

قال: لا، قد أعيت دابتى فلم يبلغ، فقال القاضى ليس لك كرى إن لم تبلغه إلى الموضع الذى اكترى دابتك إليه، قال: فدعوتهما إلى و قلت للذى اكترى: ليس لك يا عبد الله أن تذهب بكرى دابه الرجل كله، و قلت للآخر: ليس لك أن تأخذ كرى دابتك كله، و لكن انظر قدر ما بقى من الموضع و قدر ما ركبته، فاصطلحا عليه، ففعلا»

و هو صريح في غير ما نحن فيه.

نعم ربما أيد ب

صحيح أبى حمزه(۲)عن أبى جعفر عليه السلام قال: «سألته عن الرجل يكترى الدابه فيقول: اكتريتها منك إلى مكان كذا و كذا فإن

جاوزته فلك كذا و كذا زياده و يسمى ذلك قال: لا باس به كله»

بناء على كون المراد منه انه اشترط عليه فى متن العقد ذلك، لا- أنه إجاره معلقه، فيكون حينئذ كاشتراط النقصان فى الخبر المزبور، إلا أنه كما ترى، و كيف كان فالعمده الموثق المذكور معتضدا بما عرفت.

لكن قد أشكل ذلك بالتعليق و الجهاله و الإبهام، و أنه كالبيع بثمنين نقدا و نسيئه مثلا، و من هنا كان خيره المحقق الثانى و غيره من المتأخرين البطلان فى

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ۱.

ذلک، و طرح الخبر أو حمله علی الجعاله أو نحو ذلک.

و هو- مع أنه کالاجتهاد فی مقابله النص الذی لا یقبل الحمل علی الجهاله و لو لفهم المعظم منه الإجاره- مدفوع بمنع التعلیق فی العقد، إذ لیس المراد منه الإجاره بالمقدار الناقص لو نقص، کی یکون معلقا، بل أقصاه التعلیق فی الشرط و هو النقص من الأجره، و لا دلیل علی بطلانه فیه، إذا لم یرجع إلی التعلیق فی نفس العقد.

بل قد یظهر من کلامهم فی تعلیق اشتراط الخیار علی رد الثمن أن الصحه فیه علی مقتضی عموم

«المؤمنون عند شروطهم»

کما أن مقتضاه أیضا عدم قدح مثل هذه الجهاله فی الشرائط التی یغتفر فیها من ذلک مالا یغتفر فی غیرها، و لیست راجعه إلی أحد العوضین.

و من ذلک یعلم أنه لیس کالبیع بثمنین، ضروره أن المشابه له الإجاره علی تقدیرین، نحو إن خطته رومیا فلک درهم، و فارسیا نصفه، و لیس ذلک کذلک، کما صرح به فی المختلف، و لذا صرح بالصحه فی الفرض من لم یقل بها فی نحو المثال المزبور، ضروره کون المستأجر علیه فیما نحن فیه معینا، و إنما اشترط علیه ذلک علی تقدیر المخالفه مثلا، فیصح حینئذ حتی لو نقص ما اشترط عما یقتضیه التقسیط لو لم یشترط، لعموم «المؤمنون» و إطلاق الموثق المعتضد بفتوی المعظم.

و لا ینافیه ما

فی الدعائم (۱)عن الصادق علیه السلام «أنه سئل عن الرجل یکتری الدابه أو السفینه علی أن یوصله إلی مکان کذا یوم کذا، فإن لم یوصله یوم ذلک کان الکری دون ما عقده، قال: الکری علی هذا فاسد، و علی المکتری أجر مثل حمله»

بعد ظهوره فی جهاله المسمی علی تقدیر عدم الإیصال فیتجه البطلان الموجب لأجره المثل، هذا کله إن اشترط النقصان.

و أما لو شرط سقوط الأجره إن لم یوصله فیه لم یجز وفاقا

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۹.

للمشهور نقلا و تحصيلا، لكونه شرطا منافيا لمقتضى الإجاره، إذ مرجعه إلى استحقاق ذلك العمل عليه بعقد الإجاره بلا أجره، فيكون نحو قولك آجرتك بلا أجره، و بفساده يفسد العقد، كما هو الأصح، و إليه أشار

أبو جعفر عليه السلام فى خبر الحلبى المتقدم بقوله «شرط هذا جائز ما لم يحط بجميع كراه»

و كان له حينئذ أجره المثل لقاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

لكن فى اللمعه فيه نظر لأن قضيه كل إجاره المنع من نقيضها، فيكون قد شرط قضيه العقد، فلم تبطل الإجاره، غايه ما فى الباب أنه إذا أخل بالمشروط و هو نقله فى اليوم المعين يكون البطلان منسوبا إلى الأجير، حيث فوت الزمان المعين، و لم يفعل فيه ما شرط عليه، فلا يستحق شيئا، لأنه لم يفعل ما استوجر عليه، و لا يكون البطلان حاصلا من جهه العقد.

فلا وجه للحكم ببطلان الإجاره على هذا التقدير، و إثبات أجره المثل، بل اللازم عدم ثبوت شى ء و ان نقل المتاع الى المكان المعين فى غير الزمان، لأنه فعل ما لم يؤمر به، و لا استوجر عليه، فالشرط المزبور حينئذ مؤكد لمقتضى العقد، لا مناف له.

و فى الروضه «و هذا النظر مما لم يتعرض له أحد من الأصحاب، و لا ذكره المصنف فى غير هذا الكتاب، و هو متوجه، الا أنه لا يتم إلا إذا فرض كون مورد الإجاره هو الفعل فى الزمان المعين، و ما خرج عنه خارج عنها، و ظاهر الروايه و كلام الأصحاب أن مورد الإجاره كلا القسمين، و من ثم حكموا بصحتها مع إثبات الأجره على كلا التقديرين، نظرا إلى حصول المقتضى و هو الإجاره المعينه المشتمله على الأجره المعينه، و إن تعددت و اختلفت لانحصارها و تعينها كما تقدم، و بطلانها على التقدير الآخر.

و لو فرض كون مورد الإجاره هو القسم الأول خاصه و هو النقل فى الزمن المعين لكان الحكم بالبطلان- على تقدير فرض أجره مع نقله فى غيره- أولى لأنه خلاف قضيه الإجاره، و خلاف ما تعلقت به، فكان أولى بثبوت أجره المثل و جعل

القسمین متعلقها- علی تقدیر ذکر الأجره، و الأول خاصه علی تقدیر عدمه فی الثانی مع کونه خلاف الظاهر- موجب لاختلاف الفرض بغیر دلیل.

و یمکن الفرق بکون تعین الأجره علی التقدیرین قرینه جعلهما مورد الإجاره حیث أتی بلازمها، و هو الأجره فیهما، و إسقاطها فی التقدیر الآخر قرینه عدم جعلها موردا من حیث نفی اللازم الدال علی نفی الملزوم، و حینئذ تنزیله علی شرط قضیه العقد أولی من جعله أجنبیا مفسدا للعقد، بتخلله بین الإیجاب و القبول».

قلت: قد عرفت أن ظاهر الروایه و کلام الأصحاب عدم التعدد فی مورد الإجاره، و أن ذلک إنما ذکر علی جهه الشرطیه التی لا یقتضی التعدد، و إلا لما صح لهم الحکم بالصحه مستندین فیها إلی عموم (۱)

«المؤمنون»

و نحوه.

نعم قد یدفع النظر المزبور بمنع اقتضاء تعیین زمان الإیصال فی الفرض المزبور علی جهه الشرطیه، عدم الأجره علی مطلق النقل لو لم یوصله فیه، و لذا خالف أبو جعفر علیه السلام ما ذکره القاضی بقوله «لیس له کری» فی صحیح ابن مسلم علی ما رواه عنه فی الکافی، و إنما یسلم ذلک فیما لو کان الزمان مشخصا للعمل المستأجر علیه علی وجه یکون کصوم أول یوم رجب مثلا.

أما فی الفرض الذی قد استوجر فیه علی النقل إلی ذلک المکان، إلا أنه اشترط علیه الوصول فی زمان معین فلا، و إنما المتجه فیه اجراء حکم غیره من الشرائط إذا لم یف بها من اشترط علیه، من التسلط علی الفسخ، و الرجوع إلی أجره المثل، أو الالتزام بالمسمی کما أن المتجه التقسیط فیما لو استأجره علی النقل إلی مکان معین فحمله إلی نصف الطریق و لم یوصله، کما هو واضح و الله هو العالم.

و إذا قال: آجرتک کل شهر بکذا، صح فی شهر، و له فی الزائد أجره المثل إن سکن کما فی المقنعه و النهایه مصرحا فی أولهما بما إذا لم یعین ابتداء المده و لا آخرها، فضلا عما یعین فیه ذلک، و لعله مقتضی إطلاق المتن و غیره،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث ۴.

اللهم إلا أن ينزل على إراده الإطلاق المنزل على الاتصال بزمان العقد.

و قيل: و القائل جماعه بل لعله المشهور بين المتأخرين تبطل مطلقا حتى لو صرح بالاتصال فضلا عن الإطلاق، لتجهل الأجره بتجهل المنفعه المستحقه، فيبطل العقد بالنسبه إلى جميع مورده من غير فرق بين الشهر و غيره.

و الأول أشبه عند المصنف و أصول المذهب و قواعده التى منها «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(۱)و إطلاقات الإجاره و صدق المعلوميه عرفا بالنسبه إلى الشهر، و فحوى صحيح أبى حمزه و غير ذلک، و لكن مع ذلک فالثانى هو الأقوى، و لو مع فرض اتصال الشهر، للجهاله المزبوره التى ينقطع بها الإطلاق المزبور و نحوه.

و دعوى- كون المراد من ذلك عرفا هذا الشهر بدرهم، و كل شهر تسكنه كذلك، فلا جهاله فيه حينئذ بالنسبه إلى الشهر يدفعها- بعد التسليم تنزيل مثل هذا الإطلاق على الاتصال المقتضى لذلك- أن أدله الجهاله تقضى بفساد العقد بمجرد الجهاله فى مورده، و لو فى الجمله، و ليست هى كضم غير المملوک إلى المملوک يصح فى أحدهما و يبطل فى الآخر، كما أوضحناه فى محله، و صحيح أبى حمزه- مع أنه فى الشرط الذى يمكن دعوى الاغتفار فيه ما لا يغتفر فى العقد- محتمل لإراده اشتراط مقدار الغرامه لو تعدى و تجاوز، لما هو متعارف فى

التأكيد على عدم التجاوز عن المكان المعين، لا أنه إجاره على هذا التقدير.

و أوضح من ذلك فسادا ما فى الغنيه من دعوى صحه العقد فى غير الشهر أيضا، نحو ما عن الشيخ و ابن الجنيد، لكن قال فيها «يستحق الأجره للزمان المذكور، بالدخول فيه، و يجوز الفسخ بخروجه ما لم يدخل فى الثانى، إذ هو مع ما فيه مشتمل على الإبهام باعتبار عدم علم منتهى المده، و شبه التعليق باعتبار عدم علم السكنى و غير ذلک.

هذا كله فيما ذكره من فرض الإجاره، أما لو فرض بوجه يكون كالجعاله بأن يقول الساكن مثلا «جعلت لك على كل شهر أسكنه درهما» لم يبعد الصحه،

۱- ۱ سوره المائده الآيه ۱.

لعـدم اعتبار العلم فيها أزيـد من ذلک، كما أنه لم يبعد الصـحه لو جعل من قبيل الإباحات بأعواض معلومه، تلزم بالتلف كما فی نظائر ذلک من الأعيان و المنافع و الله اعلم.

[تفريعان]

اشاره

تفريعان

[الفرع الأول لو قال ان خطته فارسيا فلک درهم و إن خطته روميا فلک درهمان صح]

الأـول: لو قـال: ان خطته فارسـيا أی بـدرز فلـک درهم، و ان خطته روميـا أی بـدرزين فلک درهمان صـح جعاله لإطلاق أدلتها المقتضـی لاغتفـار مثـل هـذه الجهـاله و الإبهـام فيها، خلافا للفاضل فی المختلف، فأبطلها لتطرق الجهاله فی الجعل، فيجب أجره المثل و فيه منع، كما تعرفه فی محله إنشاء الله.

نعم الظاهر البطلان اجاره كما اختاره جماعه منهم ابن إدريس على ما حكی عنه، للإبهام المنافی للملكيه فی المعاوضات، و خبر الحلبی قد عرفت أنه لا يدل على مثل ذلک، لكن فی اللمعه و محكی المبسوط و غيرها الصحه فی ذلک و فی

[الفرع الثانی لو قال ان عملت هذا العمل فی اليوم فلک درهمان و فی غد درهم فيه تردد و الأظهر الجواز]

الفرع:

الثانی أيضا، و هو ما لو قال: ان عملت هذا العمل فی اليوم فلک درهمان، و فی غد درهم و ان قال المصنف هنا فيه تردد و لكن أظهره عنـده و عنـدهم الجواز لصدق المعلوميه و لآيه(۱)موسـی عليه السلام و خبر الحلبی (۲)و صحيح أبی حمزه(۳)المتقدمين سابقا، و فيه منع صدقها على وجه ترتفع الإبهام المنافی لملكيه المعاوضه، و آيه موسى عليه السلام ظاهره فی كون الثانی إحسانا لاـ اجـاره، كمـا يقضـی به «فمن عنـدک» و لاـ ينـافيه قوله «أيمـا الأـجلين» و لو بقرينه ذكره ذلک فی الإجاره، بعـد إراده الأجل الإجاری و الوعدی، و خبر الحلبی و الصحيح المتقدم قد عرفت عدم دلالتهما على جواز مثل هذا الإبهام.

و ما عساه يظهر من المصنف هنا- كالمحكی عن المبسوط و التحرير و الكفايه

۱- ۱ سوره القصص الآيه ۲۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۸- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ۱.

من الفرق فى الجمله بين المثالين- فى غير محله، ضروره اشتراكهما معا فى الإبهام المزبور، و دعوى أقربيه الثانى إلى المنصوص من الأول كما ترى، كما أنه لا فرق على الظاهر بين قول «آجرتك كل شهر بدرهم» و قول آجرتك شهرا بدرهم فإن زاد فبحسابه.

خلافا للفاضل فى القواعد فحكم بالبطلان فى الأول، و الرجوع الى أجره المثل، و الصحه فى الشهر فى الأخير، و البطلان فى الزائد.

و فيه: أنه مناف لقاعده اقتضاء بطلان الشرط بطلان العقد، كما أوضحناه فى كتاب البيع، فمعلوميه الشهر و الدرهم لا تجدى فى الصحه حينئذ، فضلا عما لو لم يكن الشهر معلوما، لعدم اراده المتصل منه كما هو واضح، و كأن الوجه- للقول بالصحه فى نحو هذه الأمثله مع معلوميه منافاه ما فيها من التعليق و الجهاله- الإلحاق بما فى موثق الحلبى و صحيح أبى حمزه و غيرهما، سواء كان موافقا للضوابط أو لا.

و لكن لا يخفى عليك ما فيه من عدم الانطباق أولا، و عدم جواز القياس عندنا ثانيا، بناء على كونه مخالفا للقواعد التى تجب الاقتصار على ما يخالفها بالخصوص كما هو واضح.

و كيف كان ف يستحق الأجير الأجره بنفس العمل سواء كان فى ملكه كالثوب يخيطه فى بيته أم ملك المستأجر، و منهم من فرق بين الحالين و هو الشيخ فى المبسوط قال فيما حكى عنه فى أثناء كلام له فى مسأله التلف: «ان كان العمل فى ملك الصانع لا يستحق الأجره حتى يسلم، و ان كان فى ملك المستأجر استحق الأجره بنفس العمل» و لعله لأنه فى الثانى يسلم بخلاف الأول، قيل:

و فيه منع صدق التسليم عليه قبل أن يصير فى يد المستأجر و ستعرف ما فيه.

و على كل حال فالظاهر ارادته الفرق بذلك من حيث التسليم، لا الملك الذى لا خلاف ظاهرا بحصوله بالعقد، بل عن بعضهم دعوى الإجماع عليه، بل يمكن تحصيله، مضافا الى أنه مقتضى العقد، و الأصل عدم اشتراطه بأمر آخر من التسليم و غيره،

انما الكلام فى استحقاق التسليم على أحدهما أولا و عدمه، و قد تقدم فى كتاب البيع تحقيق الحال فى ذلک. و أنه يجب على كل منهما التسليم للأمر بالوفاء و غيره، فإذا تعاسرا أجبرا معا على التقابض.

أما لو بذل أحدهما و امتنع الآخر و لم يمكن جبره كان للباذل الحبس حتى يدفع اليه العوض، قضاء لحق المعاوضه التى بنى العقد عليها، كما أشبعنا الكلام فيه سابقا، و لا فرق بينه و بين المقام الذى هو أحد المعاوضات.

نعم قد يشكل الحال فى خصوص الإجاره على الأعمال منه، باعتبار عدم تصور التقابض فيه، لكون العمل تدريجيا، و الظاهر الإجماع على عدم استحقاق الأجير تسلم الأجره قبل العمل ما لم يشترط، أو تكون عاده على وجه تقوم مقام الاشتراط، بل عن بعضهم دعواه عليه، فضلا عن نفى الخلاف من آخر، لما فيه من منافاه مقتضى المعاوضه، و الضرر على المستأجر، و غير ذلک مما يعلم منه انتفاء احتمال وجوب ذلک، تمسکا بمقتضى الملکيه التى فرض حصولها بالعقد.

و بأنه مقتضى الأمر بالوفاء، الظاهر فى أن کل شى ء بحسب حاله بالنسبه الى ذلک، ضروره أنک قد عرفت تحکيم مقتضى المعاوضه، و بناؤها على مقتضى الملکيه المزبوره، و الأمر بالوفاء إنما هو بکل عقد على حسب مقتضاه، و قد فرض اقتضاؤه ما عرفت.

و لعله للإجماع المزبور، و نحوه يفرق بين المقام و بين البيع لو كان الثمن عملا، الذى قد سلف منا هناک وجوب تسلم المبيع على البائع قبل العمل على تأمل فيه، فلاحظ و تدبر.

كما أنه لا خلاف و لا إشكال فى استحقاق تسلمها بعد العمل الذى يحصل تسلمه بإكماله، كالصوم و الصلاه و الحج و الزياره و نحوها، بل الإجماع بقسميه عليه، فضلا عن النصوص و التى منها

الصحيح (۱)«لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته»

بل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام الإجاره الحديث ۱- ۲.

الظاهر أن منه الأعمال التی تکون فی ملک المستأجر، أی فیما فی یده کإصلاح جداره فی داره و نحوه مما هو فی ید المستأجر، و تحت سلطانه، و ان استأجر أجیرا علی العمل فیه، و لعل هذا هو مراد الشیخ فیما سمعت منه سابقا، کما یشهد له التقیید بحضور المالک فیما حکاه عنه فی التنقیح. و محکی التحریر.

بل و کذا لا اشکال و لا خلاف فی استحقاق تسلمها بعد تسلیم ما فیه أثر العمل من الثوب الذی استوجر علی خیاطته، و نحوه، مما هو تحت ید الأجیر و سلطنته، انما البحث فی وجوب تسلیمها فی نحو الأجیر، بمجرد إکمال العمل، و الفراغ منه و عدمه، ظاهر المصنف بل صریحه الأول، خصوصا مع قوله بعد ما سمعت.

و لا یتوقف تسلیم أحدهما علی الأخر بل لعله ظاهر غیره أیضا ممن أطلق استحقاق الأجیر أجرته بإکمال العمل، ضروره صدقه فی الفرض، لإطلاق الأمر بالوفاء، و قاعده التسلط، و إطلاق «لا یجف عرقه» و بناء المعاوضه علی ذلک.

لأن المراد من الإجاره فعل الخیاطه الذی یتسبب منه حصول صفه المخیطه فی الثوب، و قد

حصلا معا، و لیس فی ید الأجیر إلا الثوب الذی هو للمستأجر مع صفته، و لا شی ء منهما مورد عقد الإجاره حتی یجری علیه حکم المعاوضه إذ موردها انما هو العمل الذی تولد منه الصفه المزبوره، و ذاک تسلیمه إیقاعه، لأن تسلیم کل شی ء بحسب حاله.

و دعوی- أن مورد الإجاره الصفه المزبوره، و الفعل إنما هو مقدمه لها، فهی حینئذ العوض، فلا یجب تسلیم الأجره حینئذ إلا بتسلیمها، کما هو الشأن فی البیع و غیره من المعاوضات- یدفعها معلومیه کون مورد الإجاره الأعمال، و إنما العقد الموضوع لملک ذلک، و الصفه إنما یملکها صاحب الثوب تبعا للموصوف، لا أنه یملکها بعقد الإجاره، و علی هذا فالمتجه فیما لو أتلف الصانع العین بعد تمام العمل تضمینه إیاه معمولا مع دفع الأجره، لا التخییر بین ذلک، و بین تضمینه إیاه غیر معمول مع عدم دفع الأجره، کما جزم به فی القواعد، و محکی التذکره و التحریر و جامع المقاصد، و جعل السر فیه فی الأخیر أن أجر العمل لا یستقر إلا بعد تسلیمه

و الفرض أنه لم يتسلمه، فلا تستقر عليه أجره، و لأنه ملكه على تلك الصفه، فملك المطالبه بعوضه كذلك، فوجبت عليه أجره العمل، و هو المسمى، و لا خصوص تضمينه إياه غير معمول كما عن المبسوط، لكون الصفه التى هى عمل الأجير بمنزله المبيع و قد تلفت قبل قبضها، فتذهب من ماله كالمبيع، فيضمن الثوب غير معمول، و لا تضمينه إياه معمولا بدون دفع أجره، لأنه ملكه على تلك الصفه، و سقوط حق الأجير منها باعتبار عدم تسليمها لا يقتضى سقوط حق المالك، إذ ذلك كله مبنى على ما عرفت فساده، بل المتجه عليه عدم سقوط الأجره، أيضا فيما لو تلفت العين بعد إكمال العمل من غير تفريط، و إن كان فى ملك الأجير لما عرفت.

لكن فى القواعد لم يستحق الأجره على إشكال، بل المتجه أيضا ضمانه للعين لو حبسها على تسليم الأجره، لعدم جواز الحبس له، إذ المعاوضه قد تمت بإتمام العمل، فهو غاصب حينئذ، و بذلك جزم فى القواعد، و لكنه مناف لما سمعته منها و غيره.

قال فيها: «و لا يبرء الأجير من العمل حتى يسلم العين كالخياط إن كان العمل فى ملكه، و لا يستحق الأجره حتى يسلمه مفروغا، فلو تلفت العين من غير تفريط بعد العمل، لم يستحق أجره على إشكال، و لو كان فى ملك المستأجر برء بالعمل و استحق الأجره، و لو حبس الصانع العين حتى يستوفى الأجره ضمنها»، و لقوله فى المقام و إن وقعت على عمل، ملك العامل الأجره بالعقد، لكن لا يجب تسليمها إلا بعد العمل.

و هل يشترط تسليمه الأقرب ذلك و قد تجشم المحقق الثانى فى جمع هذه الكلمات بما لا يرجع إلى أمر يعتمد عليه، إذ هو كله مبنى على ذلك الأصل الذى قد عرفت الحال فيه، و احتمال بناء الضمان بالحبس المزبور على عدم جوازه عنده أيضا، مناف لما ذكره هو و غيره من بناء اشتراط استحقاق الأجره على التسليم، على أنه كباقى المعاوضات التى من أحكامها جواز الحبس بالحبس.

كما ان احتمال- بنائه على أن الثوب نفسه ليس من مورد المعاوضه، و إنما

يحبس مقدمه لحبس الصفه، فينبغى ضمانه جمعا بين الحقين، و لا منافاه حينئذ بين الجواز و الضمان.

- يدفعه أولا: أنه ينبغى تخصيص الضمان بالثوب و هو غير معمول، ضروره كون حبس الصفه بحق حينئذ، فلا تضمن لو تلفت.

و ثانيا: منع الضمان أيضا للمحبوس مقدمه للحق، فإن حبسه حينئذ بحق أيضا، باعتبار توقف حبس الحق عليه، بل الحق فيه، بل الحبس المفهوم من مقضى المعاوضه لا فرق فيه بين الأمرين كما هو واضح بأدنى تأمل.

و من هنا قال الشهيد فى المحكى عن حواشيه على القواعد فى المقام «إن قول المصنف «الأقرب ذلك» مبنى على أن الصفه تلحق بالأعيان، و قد تقدم ذكره فى الفلس، بناء على أن المنافع تعد أموالا، و لهذا يصح جعلها عوضا و معوضا، كما أن المبيع يحبس حتى يتقابضا، و يسقط الثمن بتلفه قبل قبضه، فكذلك المنفعه.

و تظهر الثمره فى جواز حبس الثوب فى سقوط الأجره بتلفه فعلى ما قربه المصنف له حبسه، و إن أباه ظاهر كلامه، و لو تلف سقطت الأجره على قوله» و هو صريح فيما قلناه.

و كأنه استفاد من قوله «الأقرب تسليمه» وجوب التسليم على العامل أولا، و لذا قال: إنه يأباه ظاهر كلامه.

لكن فيه أن المراد توقف استحقاقه المطالبه بالأجره على وجه يجب على المستأجر بذلها على تسليم العمل، و هذا لا ينافى أن له الحبس لو لم يبذل المستأجر الأجره، و مثله فى البيع و باقى المعاوضات، و من هنا اعترضه فى جامع المقاصد بأنه لا حاجه إلى البناء الذى ذكره، لأن المعاوضه على المنافع أمر متفق عليه، و لا بد فى العوضين من التقابض كالبيع.

و أما عد المنافع أموالا فالذى يقتضى عدمه فيها، هو أنه لا وجود لها، و إنما هو أمر موجود بالشأن و الصلاحيه، ثم قوله إن ظاهر كلام المصنف يأبى

ذلك غير جيد، لأن قوله «الأقرب تسليمه» صريح فى ذلك، و ليس مقابل الأقرب بمناف له، لأن غرضه الرد على الشيخ، فمقابل الأقرب قول الشيخ، فما ذكره غير واضح.

قلت: الظاهر أن مبنى الصراحه التى ادعاها هو ما ذكرنا، لكن قد يرد عليه أنه لا بد من البناء المزبور، إذ الاتفاق على المعاوضه على المنافع غير كاف، ضروره عدم تصور التسليم فيها بغير الإكمال، بناء على أنها نفس الاعمال، و إنما يتصور التسليم فى الصفات التى تتولد من الأفعال فى الأعيان، بتسليم العين الموصوفه.

نعم يرد على ذلك ما سمعته سابقا من كون التحقيق أن المملوك بالإجاره و الذى قوبل بالمال الأعمال التى يتولد منها الصفات، لا الصفات و الأعمال مقدمه من العامل إلى تحصيلها، حتى تكون هى العوض و المعوض، فيجرى عليها حكم التقابض و الحبس.

و من الغريب أن المحقق الثانى أنكر البناء المزبور عليه، و قرره هو فى تلف العين من العامل بعد العمل من غير تفريط بالنسبه إلى استحقاق الأجره و عدمها، فإنه قال أولا فى وجه إشكال الفاضل فى ذلك أنه ينشأ من أن الإجاره معاوضه، و حق المعاوضه حصول العوضين معا للمتعاوضين، لتحقق كون كل منهما فى مقابله الأخر و قد انتفى ذلك فى أحدهما فانتفت المقابله، فوجب الانفساخ لتعذر مقتضى العقد، و من أن المستأجر عليه و هو العمل قد حصل، فوجبت الأجره بفعله، فإذا تلف بتلف العين بغير تفريط كان تلفه من المالك.

و يضعف بأن المستأجر عليه و إن كان العمل، لكنه قوبل بالأجره على طريق المعاوضه، فما دام لا يتحقق بتسليمه لم يتحقق معنى المعاوضه.

ثم قال ثانيا: «و ربما بنى ذلك على أن القصاره عين أو أثر، فإن قلنا أنها عين سقطت أجرته، كما يسقط الثمن بتلف المبيع قبل القبض، و إن قلنا هى أثر لم تسقط الأجره، و تنقيحه أن القصاره إن كانت كالأموال فى أنها تعد مالا فالحكم

الأول، و إن كانت لا تعد مالا و إنما هى صفه فالحكم الثانى، و قد سبق فى الفلس أن المنافع تعد أموالا، و يشهد له أنها تقابل بالمال، و يعتبر فى صحه المعامله و جريان المعاوضه عليها كونها متقومه فى نفسها، و لا معنى لماليتها إلا هذا.

قلت: هو بعينه ما ذكره الشهيد هنا، لكن قد يقال: انه لا مدخليه لذلك فيما نحن فيه، إذ الكلام فى أن المقابل بالأجره و المملوك بعقد الإجاره العمل الذى ينعدم شيئا فشيئا، أو الصفه التى تتولد منه، فإن كان الأول فليس تسليمه إلا إيقاعه، و إن كان الثانى فتسليمه كتسليم المبيع، و يجرى عليه حكمه من الحبس و غيره مما يجرى فى سائر المعاوضات.

كما أنه قد يناقش فيما ذكره أولا بأنه لا ريب فى أن انفساخ العقد بالتلف من غير تفريط مناف لقاعده اللزوم و غيرها، و إنما ثبت ذلك ب

قوله (۱)«كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه»

لا أنه استفيد من قاعده المعاوضه، و إلا نتعدى ذلك للصلح و نحوه، و لمطلق التلف و لو من أجنبى، و غير ذلك مما هو معلوم عدمه.

و التقابض فى المعاوضه إنما هو مع إمكانه بوجود العين، أما مع تلفها فلا، و الفرض

أنها أمانه فى يده، على أنه لو سلم اقتضاؤها ذلك حتى فى صوره التلف كان المتجه ضمانه عليه، إلى أن يسلمه، فيغرم المثل أو القيمه حينئذ مع التلف، و لو بغير تفريط، لا انفساخ العقد، فلا ريب فى أن منشأ ذلك الدليل الخاص الذى هو غير شامل للمقام قطعا، و لا إجماع على المساواه، فالقاعده تقتضى حينئذ عدم سقوط الأجره، للأصل و غيره كما هو واضح.

هذا كله بعد العمل أما قبل العمل فقد عرفت الإجماع على عدم استحقاق العامل الأجره على وجه يجب على المستأجر بذلها له، و تسليمه إياها مع عدم الشرط و العاده، مضافا إلى الضرر عليه بتعجيل الأجره على العمل الذى لم يعلم حصوله.

۱- ۱ قاعده مستفاده من الروايات الوسائل الباب ۱۰- من أبواب الخيار و الباب ۱۹ من عقد البيع و غيرها.

لکن هل یجب علی العامل العمل حینئذ ثم یطالب بالأجره بعده، أو أن له الامتناع أیضا، لاحتمال الضرر علیه بحصول العمل منه، و عدم تسلم الأجره، الظاهر الثانی، و لکن لما لم یمکن التقابض هنا لم یتجه جبر الحاکم لهما علیه جمعا بین الحقین کما فی العینین فیتعین جمعه بینهما بتسلم الأجره من صاحبها و وضعها فی یده أو فی ید ثالث حتی یعمل العامل.

و ربما کان

فی خبر الغنوی (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام إشاره إلیه فی الجمله «قال سألته عن رجل استأجر أجیرا و لم یأمن أحدهما صاحبه، و دفع الأجر علی یدی رجل و هلک ذلک الرجل و لم یدع وفاء و استهلک ذلک الأجر؟ فقال علیه السلام: المستأجر ضامن لأجر الأجیر حتی یقضی، إلا أن یکون الأجیر دعاه إلی ذلک، فرضی به، فإن فعل فحقه حیث وضعه و رضی به»

باعتبار عدم تعرضه علیه السلام لعدم جواز امتناع الأجیر عن العمل، إذا لم یبذل المستأجر الأجره، و لو علی ید ثالث.

علی أن ذلک مقتضی المعاوضه، إذ کما أن احتمال الضرر علی المستأجر بتعجیل الأجره لاحتمال عدم حصول العمل، فکذلک یحتمل أیضا بتعجیل العامل العمل قبل قبض الأجره، لاحتمال عدم حصولها.

و دعوی أن بناء المعاوضه علی العمل علی ذلک- یدفعها وضوح منعها، بل لیس ذلک أولی من العکس، ضروره أن الأجره قد استحقت بالعقد، و ملکها الأجیر به، و یمکن تسلیمها له دفعه، و العمل تدریجی لا یمکن حصوله إلا بعد زمان، کما أن دعوی الإجماع علی خروج ذلک عن حکم المعاوضات- فیجب علی العامل أن یعمل، ثم بعد ذلک یطالب بالأجره، و هو معنی قولهم أن الأجیر یستحق الأجره بعد العمل- واضحه المنع، إذ لیس فی کلام الأصحاب ما یقتضی إخراج الفرض عن حکم المعاوضه بالنسبه إلی ذلک.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶ من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۱.

بل فی جامع المقاصد و التنقیح و المسالک و الریاض و غیرها ما ینافیه، و أن حکمه حکم باقی المعاوضات، و علیه فرعوا جواز الحبس و غیره، و لیس ذکرهم للعباره المزبوره إلا کذلک بالنسبه للعین، فإنهم قالوا أیضا لا یستحق مؤجرها الأجره إلا بتسلیمها للمستأجر، و غرضهم من ذلک عدم استحقاق الأجره قبل العمل الذی لا یتصور فیه التقابض علی نحو العینین، و بیان الاستحقاق بالتسلیم کما فی کل معاوضه، فإنه یجب بذل العوض بعد تسلم المقابل بلا خلاف و لا إشکال.

و من هنا لم یفرقوا بین العمل و العین بالنسبه إلی ذلک، کما فی الریاض ناسبا له إلیهم، و لا ریب فی بقاء حکم المعاوضه بالنسبه إلی الأول، فکذلک بالنسبه إلی الثانی و لم یشر أحد إلی خروج الأعمال عن قاعده المعاوضات بوجوب تسلیم العامل عمله أولا، ثم یطالب بالأجره، و من تأمل کلامهم و لم یکتف بالمنساق فی بادی النظر، علم صحه ما قلناه، خصوصا مع عدم الدلیل علیه أیضا.

و قوله علیه السلام «لا یجف عرقه حتی تعطیه أجرته»

إنما یدل علی المبادره فی تسلیم الأجره للعامل، إذا عمل أولا، لا علی وجوب ذلک علیه مطلقا، ثم لا فرق فی جمیع ما ذکرناه بین الحج و غیره من الأعمال، إلا إذا کانت هناک عاده أو شرط یقتضی تقدیم العمل أو الأجره، فما عن بعضهم من الانفساخ أو أن له الفسخ فی خصوص الحج إذا لم یعجل المستأجر الأجره فی غیر محله.

نعم فی الروضه أنه لو فرض توقف الفعل علی الأجره کالحج و امتنع المستأجر من التسلیم تسلط الأجیر علی الفسخ، و هو غیر خاص بالحج، و مرجعه إلی عدم القدره علی تسلیم العمل حینئذ، و تعرف إنشاء الله فیما یأتی الحال فیه.

بقی الکلام فی استحقاق بعض الأجره ببعض العمل لم یحضرنی الآن کلام محرر فی ذلک نعم قد سلف منا فی البیع عدم وجوب التقابض علی النسبه، لأنه خلاف مقتضی العقد، و لعله غیر ما نحن فیه من وقوع العمل من العامل علی وجه لا ربط له بما بقی، کصلاه بعض الفرائض و نحوها مما یستحق العامل به التقسیط، لو اتفق عدم

حصول التمام.

و لا ينافى ذلك قولهم لا يستحق الأجره إلا بعد العمل، المراد به تمامها لا بعضها الذى هو قسط ما وقع من العامل، اللهم إلا أن يدعى أن ذلك مقتضى المعاوضه، و فيه تأمل بل منع، لأن الأصل عدم جواز حبس المال على صاحبه المقتصر فى خلافه على غير محل الفرض.

كما انه بقى الكلام أيضا فى كيفيه الجمع بين الحقين لو كان الأجره على العمل عملا أيضا، و لم يأمن أحدهما الآخر، و المتجه فيه أنه مع إمكانه بالكفيل و نحوه يجب، و إلا فالقرعه للترجيح، كما فى غيره مما تزاحم فيه الحق.

و كذا بقى الكلام فى وجوب دفع الأجره لو كان العمل المستأجر عليه مؤجلا مع عدم التعرض لتعجيلها، فإنه قد يقال بالوجوب حينئذ، كما فى البيع، و لعدم الحلول الذى يوجب المطالبه للمستأجر، و لكن فيه أنه مناف لما دل على عدم وجوب تعجيل الأجره قبل العمل، و الأجل إنما أفاد زياده التأخير فيه، فلا يغير الحكم الثابت فى حال عدم الاشتراط، و بذلك يفرق بينه و بين البيع.

نعم لو كانت الأجره مؤجله بأجل انقضى قبل تمام العمل أو قبل حصوله، أمكن القول بوجوب دفعها بناء على ظهور الأجل المزبور فى رفع اليد عما تقتضيه المعاوضه فتأمل جيدا و الله هو العالم.

و كل موضع يبطل فيه عقد الإجاره يجب فيه أجره المثل مع استيفاء المنفعه أو بعضها سواء زادت عن المسمى أو نقصت عنه بلا خلاف أجده فيه فى شى ء من ذلك بل قد يظهر من ارسالهم ذلك إرسال المسلمات أنه من القطعيات.

مضافا إلى مثل ذلك بالنسبه إلى قاعده «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» الشامله للمقام، و إلى قاعده «احترام مال المسلم و عمله» و قاعده

«من أتلف»

و(۱)

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

«على اليد»

و(۱)«لا ضرر»

و(۲)«لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ» و نحو ذلك مما يقضى بذلك ضروره أنه مع بطلان العقد يبقى كل من العوضين على ملك صاحبه، فيجب على كل منهما رده بعينه إذا كان موجودا، و إن كان تالفا بقيمته أو مثله، لفساد الالتزام بالمسمى بفساد العقد الذى قد وقع فيه، و منه أجره المثل فى المقام، فإنها هى قيمه المنفعه المستوفاه.

و من ذلك كله ظهر لك الوجه فى الحكم المزبور. نعم قيده الشهيد فى المحكى من حواشيه بما إذا لم يكن الفساد باشتراط عدم الأجره فى العقد، أو عدم ذكرها فيه.

لدخول العامل على ذلك، و استحسنه فى المسالك، و كان وجهه أنه متبرع بالمال و العمل مجانا، قادم على ذلك، فهو أشبه شى ء حينئذ بالعقود الفاسده المجانيه، كالهبه و العاريه و نحوهما(۳)«مما لا يضمن بفاسدهما، فلا يضمن بصحيحهما».

بل قد يقال بشمول هذه القاعده للفرض، بناء على إراده أشخاص العقود منها لا أصنافها، و لا ريب فى عدم الضمان فى المقام لو فرض صحه العقد المزبور، فكذا لا يضمن به على الفساد، للقاعده المزبوره التى عرفت أن الوجه فيها إقدامهما على عدم الضمان فى التقديرين، كما أنك قد عرفت تقريره حينئذ هنا.

لكن مع ذلك كله فى جامع المقاصد بعد أن حكاه أنه صحيح فى العمل «أما مثل سكنى الدار التى يستوفيها المستأجر بنفسه فإن اشتراط عدم العوض إنما كان فى العقد الفاسد الذى لا أثر لما تضمنه من التراضى، فحقه وجوب أجره المثل، و مثله ما لو باعه على أن لا ثمن له، و أما لو كان مورد الإجاره منفعه الأجير، فيعمل بنفسه مع فسادها فوجه عدم استحقاقه شيئا ظاهر، لانه متبرع بالعمل، و هو المباشر لإتلاف المنفعه».

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۷ من أبواب الخيار الحديث ۴- ۵.

۲- ۲ سوره النساء الآيه ۲۹.

۳- ۳ هكذا فى النسخ و الظاهر« مما لا يضمن بصحيحهما فلا يضمن بفسادهما.

و دفعه فی المسالک بما حاصله من أنه یرجع فی مثل سکنی الدار إلی العاریه، و إن عبر عنها بلفظ الإجاره، لأن التصریح بعدم الأجره أقوی من الظهور المستفاد من لفظ الإجاره، و النص مقدم علی الظاهر، فیحکم بأنه عاریه، إذ هی لا تنحصر فی لفظ، بل یکفی فیها کل ما دل علی التبرع بالمنفعه، مضافا إلی اعتضاد ذلک بأصل البراءه.

بل فیها الاعتراض علی ما ذکره أخیرا بأنه قد لا یکون متبرعا، کما لو أمره المستأجر، فإن مقتضی الفساد عدم تأثیر ما وقع من اللفظ، و حینئذ فلا یتحقق التبرع إلا مع عمل الأجیر من غیر سؤال، و إلا فینبغی مع عدم ذکر الأجره ثبوت أجره المثل کما هو شأن الآمر لغیره بعمل من غیر عقد، ثم قال: فإن قلت: أی فائده فی تسمیه هذا عقدا فاسدا مع ثبوت هذه الأحکام، و إقامته مقام العاریه، قلت: فساده بالنسبه إلی الإجاره بمعنی عدم ترتب أحکامها اللازمه لصحیح عقدها، کوجوب العمل علی الأجیر و نحوه، لا مطلق الأثر.

قلت: هذا کما یرد علیه یرد علی الشهید أیضا الذی قد استحسن کلامه أولا فإن مدرکه ذلک، بل هو أولی به منه، لظهور کلام الکرکی فی اشتراط عدم الأجره فوجود الأمر حینئذ و عدمه علی حد سواء، لا فیما إذا لم یذکر أجره، بخلاف کلام الشهید، مع أنه یمکن دفعه عنه أیضا أولا بأن محل کلامه العمل من حیث العقد، ففرض الأمر خروج عن البحث، و ثانیا بأن الأمر بالعمل من حیث العقد لا یجدی، إذ هو حینئذ من توابع العقد الفاسد الذی فرض عدم الأجره لو أوقع الفعل بعنوان أنه مقتضاه.

بل قد یناقش فی دفعه الأول- مع أنه لا یتم فیما إذا لم یذکر الأجره- بأن محل البحث ما علم قصد الإجاره منه، و لو للجهل بأن العوض من مقوماتها، أو للإیداع أو لغیر ذلک لا ما إذا ذکر ذلک و لم یعلم قصده، مع أن تنزیله علی العاریه علی هذا الفرض لیس بأولی من حمله علی التجوز، فی استعمال لفظ الإجاره الموضوع لتملیک

المنفعه بعوض فی تملیکها بغیر عوض، و یکون عقدا فاسدا، أو غیر ذلک مما هو محتمل.

و أصل الصحه و إن نفی احتمال إراده الفاسد، لکن الصحیح غیر منحصر فی العاریه، و مع فرضه و قلنا بالحمل علیها للأصل المزبور لا یحمل علیه کلام الشهید، ضروره إرادته الاستثناء من کلیه الأصحاب المزبوره، و لا یتم إلا بجعله عقد إجاره فاسد، لا عاریه، کما هو واضح.

نعم ربما نوقش الشهید و الکرکی بأنه لا وجه لمساواه عدم ذکر الأجره ذکر الأجره فی الحکم المزبور، ضروره عدم دلاله ذلک علی التبرع بالمنفعه، إذ قد یکون لنسیان أو لجهل أو اعتقاد أنه مقرر، أو أنه معلوم أنه مع الإطلاق ینصرف إلی العرف.

و من هنا استجود فی الریاض کلام الشهید فی الشق الأول مطلقا، دون الثانی کذلک، و هو جید لو کان المراد بعدم الأجره ذلک، أو ما یشمله، لا أن المراد به هو المراد من ذکر عدم الأجره، إلا أن الفرق بینهما بالتصریح بذلک و عدمه، إذ لا ریب فی ظهور آجرتک فی إراده العوض و إن لم یذکره بالخصوص، فلا وجه لسقوطه لاقدام کل منهما حینئذ علیه، و الأمر فی ذلک سهل.

إنما الکلام فی صحه أصل ما ذکره الشهید، مع أن إطلاق کلام الأصحاب یقتضی خلافه فی المقام، و فی البیع و غیرهما، ضروره اتحاد البحث هنا، مع قول بعتک بلا- ثمن أیضا أو بعتک بلا- ذکر ثمن، بل کلامهم صریح فی ثبوت أجره المثل فی المسأله السابقه المشترط فیها عدم الأجره، إذا لم یصل فی الزمن المعین.

و لعل الوجه فیه- بعد ذکر فرض شمول کلام الأصحاب لمثله لا أنه خارج عنه باعتبار دخول العوض فی مفهوم البیع و الإجاره، و مع انتفائه لا یکون بیعا و لا إجاره کی یندرج فی کلیه المقام و نحوها المبنیه علی صدق الإجاره، إلا أنها باطله، إذ قد یقال- بعد تسلیم عدم صدق اسم الإجاره:- إن المدار فی کلامهم علی العقد الفاسد المراد به إجاره مثلا، و لو من حیث تملیک المنفعه خاصه، إما للجهل بموضوع الإجاره، أو تشریعا أو ایداعا أو نحو ذلک، أن کل مدفوع بعنوان مقتضی العقد

الفاسد و أنه من آثاره و مما يترتب عليه على حسب الدفع بالعقد الصحيح لم يترتب عليه أثر.

و لا- يعد من العمل التبرعى و دفع المال المجانى، بل الظاهر أن أخذ المال بالعنوان المزبور من أكل المال بالباطل، بل هو من أوضح أفراده، و مناف لقاعده «الضرار، و احترام مال المسلم، ضروره كون الدفع مع فرض أنه بالعنوان المزبور كالمقيد بصحه العقد، و أنه من المؤثرات و المسببات لذلك، مضافا إلى نهى الشارع من تناول مثل المال المزبور، لأنه من الباطل، فيكون اليد عاديه عليه، نحو المدفوع عوضا من المحرمات.

و حينئذ فقاعده الضمان بحالها، مؤيده بما عرفت من قاعده الضرار، و الاحترام، و على اليد، و من اعتدى، و الحرمات قصاص، و غير ذلك، على أن المجمع عليه من عدم ضمان المتبرع به هو ما كان من جهته خاصه، لا بعنوان معامله فاسده مشتمله على إيجاب و قبول.

و إقدام القابل و الموجب على المجانيه لا ينافى ضمان المال، كما لا ينافى إقدامهما على المسمى القليل، ضمانه بالقيمه التى قد تكون أضعاف ذلك، بعد فساد العقد الذى قد تضمنه، بل لعل قيد بلا أجره فى الفرض كالمسمى فى غيره لا عبره بهما، بعد فساد العقد الذى قد وقعا فيه.

و من الغريب بعد ذلك كله دعوى صيروره الفرض و نحوه كالهبه و العاريه و كالمتبرع و نحو ذلك مما هو مناف لقواعد الشرع، من أكل المال بالباطل و غيره، و أغرب من ذلك دعوى كون المراد بالفساد إنما هو بالنسبه إلى الالتزام بالمسمى و نحوه، لا مطلق ترتب الأثر الذى منه ما سمعت، من العاريه و الهبه و أجره المثل فى مقام الالتزام بها و نحو ذلك، ضروره منافاه ذلك لما دل من الكتاب و السنه و الإجماع على حرمه أكل المال بالباطل، المقتضى عدم ترتب شى ء من ذلك.

و دعوى- فرض كون الدافع قصد الهبه و العاريه و التبرع بقصد مستقل غير ملاحظ فيه العقد المزبور- خروج عن محل البحث، إذ الكلام فى المدفوع بالعنوان

المذکور معامله للفاسد، معامله الصحیح، و لا وجه للهبه و العاریه و نحوهما فی ذلک.

و منه یعلم الحال فی التقیید الثانی للقاعده المزبوره، کما عن الأردبیلی و تبعه علیه غیره، بما إذا کانا جاهلین بالفساد، أما إذا کانا عالمین به أو أحدهما جاهلا و الأخر عالما فلا یتأتی فیه قاعده أجره المثل، و ضمان الأجره بل یکون المدفوع مع علم الدافع هبه إن کان عینا، فیرجع بها مع بقاء عینها و لم یکن الموهوب ذا رحم، و عاریه لو کان المدفوع منفعه عین، و تبرعا إن کان عملا، نعم لا شی ء منها مع الجهل، و من هنا یتجه الضمان له.

إذ لا یخفی علیک بعد ما سمعت أنه لا فرق بین الجهل و العلم فی عدم الهبه و غیرها، بعد فرض کون الدفع بالعنوان المزبور، و علیه یدل من النصوص ما تضمن «أن ثمن الکلب حرام و سحت» و کذا الخمر و المیته و أجر المغنیه و الزانیه و نحوها مما هو مدفوع مع العلم بالفساد، إلا أنه کان بعنوان المعاوضه الفاسده الغیر المشروعه، کما هو واضح بأدنی تأمل و الله العالم.

هذا کله فی المنفعه و الأجره أما العین المستأجره فعن مجمع البرهان أنه یفهم من کلامهم الضمان مع الجهل به، بل فی الریاض و العین مضمونه فی ید المستأجر مطلقا، کما نسب إلی المفهوم من کلمات الأصحاب، و لعله لعموم

الخبر(۱)بضمان «ما أخذته الید».

و ربما یستشکل فیه فی صوره جهله بالفساد لإناطه التکلیف بالعلم، و ارتفاعه مع الجهل، و هو کما تری، فإن التلف فی الید من جمله الأسباب لا تختلف فیه صورتا العلم و الجهل حین وجود السبب، و التکلیف برد البدل لیس حین الجهل، بل بعد العلم بالسبب.

نعم ربما یشکل الحکم فی هذه الصوره بل مطلقا لو کان الموجر عالما بالفساد، لکون

ترتب الید علی العین حینئذ بإذن المالک، فلا ینصرف الی هذه الصوره إطلاق

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

الخبر المتقدم، مضافا إلى ما عرفت من رجوع الإجاره فى هذه الصوره إلى العاريه، و الحكم فيها عدم ضمان المستعير كما تقدم، و كذلك لو كان جاهلا به لضمان المستأجر فيه، و لو حصل الدفع فيه بالإذن أيضا، فإنه كعدمه لابتنائه على توهم الصحه، فيكون كالإذن المشروط بها، فإذا ظهر الفساد لم يكن ثمه اذن بالمره، و لعل مراد الأصحاب غير هذه الصوره.

قلت: لا يخفى عليك أن الذى عثرنا عليه من كلام الأصحاب فى المقام صريح فى عدم ضمان العين المستأجره فى العقد الفاسد، كما صرح به فى القواعد و جامع المقاصد، و محكى التذكره، بل فى مفتاح الكرامه عن الرياض و المجمع التصريح بذلك أيضا فى مقام آخر من الإجاره.

و لعله لقاعده «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» كما استدل به فى التذكره و الجامع، بل لم أجد من صرح هنا بالضمان، و إن كان قد يوجه على تقدير صحه النسبه إلى الأصحاب بما سمعت من

عموم «على اليد»

المعارض للقاعده المزبوره من وجه، و يرجح عليها بالنسبه المزبوره، و دعوى العكس باعتضادها بقاعده الأمانه، يدفعها ما سمعته من الرياض أخيرا من أنه إذا كان الدفع بعنوان الصحه تكون الإذن كالمقيده بذلك، فمع الفساد ينكشف أن لا إذن، فلا تكون أمانه.

و من ذلك يعلم أنه لا وجه لفرقه بين العلم و الجهل حينئذ، إذا الزعم لا مدخليه له فى ذلك، ضروره قيام الدفع بالعنوان المزبور مقام الزعم المذكور، على أنه قد يقال بعدم اندراج العين فى قاعده «مالا يضمن» فلا تعارض على اليد حينئذ.

و ذلك لأن المراد من الإيجاب و السلب فيها ما كان مضمونا بسبب العقد، و ما لم يكن مضمونا كذلك على معنى أن الضمان و عدمه فيه مورد العقد كالمنفعه فى الإجاره و العين فى الهبه، و لا ريب أن عدم الضمان فى العين المستأجره لا مدخليه للعقد فيه، و إنما هو باعتبار كونها أمانه، فيدور الضمان فى الفاسده حينئذ عليها، لا من القاعده المزبوره.

و كـذلك العين فى العـاريه، فمع فرض عـدم الأمـانه لمـا سـمعته من تقييـد الإذن بالصـحه المفروض انتفاؤها يتجه ما نسـباه إلى الأصـحاب من الضمان حينئذ، خصوصا مع علم المستأجر بالفساد و خصوصا إذا كان الفساد من جهه الغصب و نحوه، لكن و مع ذلك فالإنصاف أنه لا يخلو دعوى عدم الأمانه مطلقا حتى فى صوره الجهل منهما من بحث و نظر، كما هو واضح و الله العالم.

و يكره أن يستعمل الأجير قبل أن يقاطع على الأجره بلا خلاف أجـده على الظاهر فى الجواز المسـتفاد منه. نعم عبر فى النافع و اللمعه و غيرهمـا بالاسـتحباب نحو مـا عن النهـايه و السـرائر من أنه ينبغى للإنسـان أن لا يسـتعمل أحـدا إلا بعـد أن يقاطعه على أجرته، فإن لم يفعل ترك الاحتياط المبنى على الظاهر على استحباب ترك المكروه، و هو كذلك بناء على إراده الرجحان منه، إذ لا ريب فى رجحان امتثال خطاب الكراهه.

و الأمر سهل بعد انحصار الدليل

فى خبر مسـعده بن صدقه (۱)عن أبى عبـد الله عليه السـلام «من كـان يؤمن بـالله و اليوم الآـخر فلا يسـتعمل أجيرا حتى يعلمه ما أجره».

و صـحيح سليمان بن جعفر الجعفرى (۲)«أن مولانا الرضا عليه السـلام ضـرب غلمانه و غضب غضبا شديدا حيث استعانوا برجل فى عمل و ما عينوا له أجرته فقال له سليمان:

جعلت فـداك لم تـدخل على نفسك فقال: انى قـد نهيتهم عن مثل هـذا غير مره، و اعلم أنه ما من أحد يعمل لك شـيئا من غير مقاطعه ثم زدته لذلك الشـى ء ثلاثه أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد نقصته أجرته، و إذا قاطعته ثم أعطيته أجرته، حمدك على الوفاء، فإن زدته حبه عرف ذلك لك، و رأى أنك قد زدته»

المحمولين على الكراهه.

و منهما حينئذ مع السيره و إطلاق الفتوى يستفاد جواز ذلك و إن لم يكن له أجره معينه

فى العـاده، يجوز اتكالاـ على أجره المثـل، إلا أن ذلك قـد ينافيه اشتراط المعلوميه فى الأجره، اللهم إلا أن ينزل على اختصاص ذلك بالعقد و المعاطاه بناء

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱.

على أنها يعتبر فيها ما يعتبر فيه إلا الصيغه، لكونها إجاره أيضا فيكون ذلك قسما مستقلا جائزا برأسه نحو إباحات الأعيان و المنافع بالاعواض.

و لا بأس به، للسيره المستمره، و احتمال اختصاص النص و الفتوى بذى الأجره المعلومه، كالحلاق و القصار و نحوهما، فتكون الكراهه حينئذ بسبب عدم الذكر بالخصوص كما ترى، بل لا يبعد عدم الكراهه فى مثله لكونه كالمذكور حينئذ فلا يشمله التعليل فى كلام الرضا عليه السلام هذا.

و ربما استفيد من الصحيح المزبور جواز ضرب الغلام لعدم اجتناب المكروه، و فيه أنه يمكن أن يكون للمخالفه للنهى الصادر منه لهم عن مثل ذلك غير مره، و لا ينافى كراهيته حرمته للنهى المزبور من حيث وجوب طاعه العبد للسيد فى ترك المباح، بل المستحب فضلا عن المكروه، و الأمر سهل.

و كذا يكره أن يضمن الأجير إلا مع التهمه أى يغرم عوض ما يتلف فى يده مما يضمنه و لو بغير تفريط إلا مع التهمه له فى اخباره عن ذلك.

و فى الروضه «أى يغرمه عوض ما تلف بيده بناء على ضمان الصانع ما يتلف بيده، أو مع قيام البينه على تفريطه، أو مع نكوله عن اليمين حيث يتوجه عليه إن قضينا بالنكول إلا مع التهمه له بتقصيره على وجه يوجب الضمان».

و فى جامع المقاصد فى شرح قوله فى القواعد «و أن يضمن مع انتفاء التهمه، أولت أى العباره بأمرين: (الأول) أن يشهد شاهدان بتفريطه، فإنه يكره تضمينه إذا لم يكن متهما (الثانى): لو نكل عن اليمين و قضينا بالنكول كره تضمينه مع عدم التهمه، كذا قيل:» و الظاهر أنه أشار به الى الشهيد فى المحكى عن حواشيه ثم قال: «و ينبغى أن يقال: إذا لم يقض بالنكول يكره له تضمينه باليمين المردوده و هذا إذا قلنا بعدم التضمين إلا مع التفريط، أما على ما ميزه كثير من الأصحاب من تضمينهم إلا مع ثبوت ما يقتضى العدم فظاهر، لأن الأجير إذا لم يكن متهما يكره تضمينه إذا لم تقم البينه بما يسقط الضمان، و ربما فسر ذلك بكراهه اشتراط الضمان، و ليس شى ء

للفساد حينئذ.

و فى المسالك «فيه تفسيرات، (الأول) أن يشهد شاهدان على تفريطه، فإنه يكره تضمينه العين إذا لم يكن متهما، (الثانى) لو لم تقم عليه بينه و توجه عليه اليمين يكره تحليفه ليضمنه كذلك (الثالث): لو نكل عن اليمين المذكور و قضينا بالنكول كره تضمينه كذلك. (الرابع): على تقدير ضمانه و إن لم يفرط كما إذا كان صانعا على ما سيأتى يكره تضمينه حينئذ مع عدم تهمته بالتقصير (الخامس):

أنه يكره أن يشترط عليه الضمان بدون التفريط على القول بجواز الشرط (السادس) لو أقام المستأجر شاهدا عليه بالتفريط كره له أن يحلف معه ليضمنه مع التهمه، (السابع) لو لم يقض بالنكول يكره له أن يحلفه ليضمنه كذلك».

و الأربعه الأول سديده، و الخامس مبنى على صحه الشرط و قد بينا فساده و فساد العقد، و الأخيران فيهما أن المستأجر لا يمكنه الحلف إلا مع العلم بالسبب الذى يوجب الضمان، و مع فرضه لا يكره تضمينه، لاختصاص الكراهه بعدم تهمته، فكيف مع تيقن ضمانه.

و كيف كان فالنصوص التى يظن استفاده الحكم المزبور منها

خبر خالد بن الحجاج (۱)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الملاح أحمله الطعام ثم أقبضه منه فينقص، فقال: إن كان مأمونا فلا تضمنه».

و خبر حفص بن عثمان (۲)«قال: حمل أبى متاعا إلى الشام مع جمال فذكر أن حملا منه ضاع فذكرت ذلك لأبى عبد الله عليه السلام قال: أ تتهمه؟ قلت: لا، قال: لا تضمنه».

و خبر أبى بصير(۳)«عن أبى عبد الله عليه السلام فى الجمال يكسر الذى يحمل أو يهريقه، فقال:

إن كان مأمونا فليس عليه شى ء و إن كان غير مأمون فهو ضامن».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۰ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۳.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۰ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۶ عن جعفر بن عثمان.
۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۰ من أبواب أحكام الإجاره الحديث ۷.

و

خبر الحلبی (۱)«قال أبو عبد الله علیه السلام: کان أمیر المؤمنین علیه السلام یضمن القصار و الصائغ احتیاطا للناس و کان أبی علیه السلام یتطول علیه إذا کان مأمونا»

و نحوه خبر أبی بصیر(۲).

و

فی خبره الآخر(۳)عن أبی عبد الله علیه السلام «لا یضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائک إلا أن یکونوا متهمین، فیخوف بالبینه و یستحلف لعله یستخرج منه شیئا و فی رجل استأجر حمالا ـ فکسر الذی یحمل أو یهریقه فقال علی نحو من العامل إن کان مأمونا فلیس علیه شی ء، و إن کان غیر مأمون فهو ضامن».

و صحیح الصفار(۴)«کتبت إلی الفقیه علیه السلام فی رجل دفع ثوبا إلی القصار لیقصره، فیدفعه إلی قصار غیر لیقصره فضاع الثوب، هل یجب علی القصار أن یرده إذا دفعه إلی غیره و إن کان القصار مأمونا؟ فوقع علیه السلام هو ضامن له إلا أن یکون ثقه مأمونا».

و خبر حذیفه بن منصور(۵)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یحمل المتاع بالأجر فیضیع المتاع فیطیب نفسه ان یغرمه لأهله، أ یأخذونه؟ قال: فقال: أمین هو؟

قلت: نعم قال: فلا یأخذون منه شیئا.»

و خبره الآخر(۶)قال له أیضا: إن معاذ بن کثیر و قیسا أمرانی أن أسألک عن جمال حمل لهم متاعا بأجر و أنه ضاع منه حمل قیمته ستمائه درهم و هو طیب النفس لغرمه لأنها صناعته قال: یتهمونه؟ قلت: لا قال: لا یغرمونه»

بناء علی الإجماع علی عدم التفصیل فیها، فوجب حمله فی البعض علی اراده عدم تحلیفه للضمان، و فی الآخر علی ضمان ما یتلف فی یده بفعله أو علی نحو ذلک مما قد عرفته.

نعم لا ـ یخفی علیک عدم وفائها بجمیع ما تقدم اللهم الا أن یفهم ذلک من فحاویها، و یمکن دعوی کون المراد من مجموعها کراهه تغریم الأجیر مع أمانته و عدم تهمته فی کل مقام یثبت ضمانه لتلف بفعله أو بغیره کما هو واضح، بل لعل حمل کلام الأصحاب علی ذلک اولی خصوصا بعد التسامح فی أدله السنن و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹ من أبواب أحکام الإجاره الحدیث ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۹ من أبواب أحکام الإجاره الحدیث ۱۲.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٩ من أبواب أحكام الإجاره الحديث ١١.

٤- ۴ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١٨.

٥- ۵ الوسائل الباب- ٣٠ من أبواب أحكام الإجاره الحديث ١٢.

٦- ۶ التهذيب ج ٧ ص ١٢٩ الحديث- ٣۶ طبعه النجف.

[الشرط الثالث أن تكون المنفعه مملوكه]

الشرط (الثالث: أن تكون المنفعه مملوكه) للموجر أو لمن هو فضول عنه كما ستعرف أو نائب عنه لوكاله أو ولايه بلا خلاف أجده فيه، بل هو من الواضحات، ضروره عدم تحقق المعاوضه فی غير المملوكه التی يكون الموجر و المستأجر فيها على حد سواء كمنافع الأعيان المباحه.

نعم لا فرق فی المنافع المملوكه إما أن تكون تبعا لملك العين أو منفرده كالعين الموصى بمنفعتها و العين الموقوفه عاما بناء على كون العين فيه ملكا لله، و لا يقدح عموم الوقف جواز اجاره الحاكم و لو لبعض من هو مصرف الوقف لبعض المصالح التی ترجع إليهم أيضا كمصلحه نفس الموقوف و نحوها، كما لا يقدح جواز بيعه بعض مال الزكاه ممن هو مصرف لها كذلك أيضا.

و على كل حال ف للمستأجر أن يؤجر من الموجر فضلا عن غيره و إن كان مالكا للمنفعه دون العين بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه مضافا إلى عموم الوفاء بالعقود، و عمومات الإجاره، و قاعده التسلط، و النصوص المستفيضه بل المتواتره الوارده فی الأرض و الدابه و السفينه و غيرها التی تقدم شطر منها فی مسأله الإجاره بالأكثر.

نعم يعتبر اجاره الأخف أو المساوی لا الأثقل إذا كانت المنفعه المملوكه له بعقد الإجاره ركوبه لا على وجه المباشره، بل على ملاحظته عنوانا لمن يركب، أما لو كان مطلق منفعه الدابه مثلا مملوكه له لتعينها بالزمان مثلا لم يكن بأس بركوب من شاء ما لم يكن على وجه يعد تعديا بالدابه و الأمر فی ذلك سهل.

إنما الكلام فی أن له تسليم العين من دون إذن المالك كما هو خيره المختلف و غايه المراد و الحواشی و المسالك و مجمع البرهان و المفاتيح و الرياض على ما حكی عن البعض، أولا كما هو خيره النهايه و السرائر و القواعد و جامع المقاصد على ما حكی عن البعض أيضا، و الأول إذا سلمها إلى أمين، و الثانی إذا لم يكن أمينا

كما عن ابن الجنيد أقوال، أوسطها أوسطها، لأنها أمانه فى يده و لم يكن قد أذن له المالك بتسليمها من غيره كما هو المفروض، فتبقى قاعده احترام مال الغير بحالها.

و جواز الإجاره له أعم من جواز التسليم له، ضروره عدم توقفه عليه، إذ يمكن استيفاء المنفعه، و هى فى يد الأمين كما أن عقد الإجاره للأول لا يقتضى وجوب التسليم على المالك على وجه يرفع يده عنها و يجعلها أمانه عنده إذ ليس له بالعقد المزبور سوى التسلط على استيفاء المنفعه الذى لا ينافى بقاؤها فى يد المالك، كما لو ركب الدابه و أراد مالكها استصحابها لحفظها أو جعلها أمانه عند غير المستأجر، فإذا آجرها المستأجر لغيره لم يتسلط بعقده على أزيد مما يتسلط عليه الأول.

نعم مباشره العين التى من مقومات استيفاء المنفعه من العين كركوب الدابه و سكنى الدار مثلا- لا- تحتاج إلى استيذان من المالك و إن استلزم أمانه فى الجمله أيضا لكونها من المنفعه التى ملكها بالعقد.

و من ذلك يعرف الحال فى الاستدلال للأول بأن التسليم من مقتضيات عقد الإجاره، فإذا جازت له جاز له لأن الإذن فى الشى ء إذن فى لوازمه، فان التسليم الذى هو مقتضاها ما كان من مقومات المنفعه المستحقه له بالعقد، لا كون العين أمانه عنده، و فى يده خاصه الذى محل البحث. و لعل المانع أراد الثانى، و المجوز أراد الأول فيكون النزاع لفظيا.

كما أن منه يعرف الجواب عن الإشكال، بأنه لو توقف التسليم على إذن المالك لم يجز الإجاره للمستأجر، لعدم القدره على التسليم من غير حاجه إلى الجواب عنه بأنه يكفى فى حصولها الإذن المتوقعه، فيكون حينئذ كالفضولى، ضروره حصول القدره على تسليم المنفعه من غير إذن مع بقاء العين فى يده، و هو المعتبر فى صحه العقد، لا- التسليم على وجه تكون أمانه عند المستأجر الثانى، و هو الذى نقول بتوقفه على الإذن لمعلوميه عدم جواز ايتمان الأمين غيره إلا بالإذن من المالك.

و أما الاستدلال عليه بصحيح الصفار المتقدم سابقا فی القصار الذی دفع الثوب إلی قصار آخر فهو مع أنه مبنی علی مساواه العین المستأجره للعمل فیها للعین المستأجره فی الحکم المزبور أولی بالدلاله علی المطلوب بعد الإجماع علی عدم التفصیل فیه، فیحمل حینئذ علی کراهه الضمان مع الوثاقه، و إن کان هو ضامنا علی کل حال، و ذلک منطبق علی المختار.

نعم قد یدل علیه

صحیح علی بن جعفر(۱)عن أخیه أبی الحسن علیه السلام «قال سألته عن رجل استأجر دابه فأعطاها غیره فنفقت فما علیه؟ قال: إن کان اشترط أن لا یرکبها غیره فهو ضامن لها، و إن لم یسم فلیس علیه شی ء».

و فیه: أن ملاحظه الجواب بالاشتراط المزبور و عدمه تقضی بأن المراد بیانه الضمان من حیث رکوب الغیر و عدمه لا من حیث التسلیم و عدمه الذی لیس فی الصحیح المزبور تعرض له، و الدفع فیه أعم من کون العین أمانه عنده إذ یمکن رکوب الغیر لها و هی فی ید الأول.

و کذا ما عساه تشعر به النصوص الکثیره فی جواز إجاره الأرض و نحوها بالأقل و المساوی دون الأکثر، و النصوص (۲)الوارده فیمن تقبل عملا فی عین، و قبله من غیره، باعتبار عدم تعرض شی ء منها لعدم جواز التسلیم مع أنه المتعارف الغالب الوقوع.

بل فی النصوص المزبوره ما هو کالصریح فی تسلیم العین من الغیر، إذ لا یخفی علی من لاحظها أنها مساقه لبیان حکم الأقل و الأکثر لا ذلک، و لیس فیها ما یقضی بالتسلیم علی وجه ترتفع ید الأول عنه خصوصا، و المسؤول فیها الأرض و نحوها التی لا استبعاد فی بقاء ید الامانه علیها و إن آجرها أو زارع علیها، لعدم حاجه أمانتها إلی تکلف أمور کثیره.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۱.
۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب أحکام الإجاره.

بـل فی نصوص العمل ما هو ظاهر فی إعطاء الثوب للغلمان الـذین هم تلامـذته، و یعملون بحضـرته، کما یسـتعمله الخیاطون فی زماننا، و قد ظهر من ذلک کله أنه لا یجوز التسلیم الأمانی من دون إذن، کما أنه یجوز التسلیم المنفی بدونها، و الله هو العالم.

و علی کـل حال فلا إشـکال فی جواز الإجاره إلا أن یشترط علیه استیفاء المنفعه بنفسه لنفسه، فإنه لا یجوز حینئـذ عملا بقاعـده «المؤمنون» التی یتعذر الجمع بینها و بین الإجاره المفروضه، فیتعین بطلانها لسبق الخطاب بالأولی.

نعم لو شـرط بنفسه خـاصه لاـ بـأس بالإجـاره من الغیر مشترطا علیه الاستیفاء له بنفسه کحمل متاع و نحوه مما یصـح استیفاؤه له ضروره عدم المنافاه حینئذ، أما إذا لم یشترط فالظاهر الفساد، و إن استوفی هو بنفسه أیضا للتنافی حینئذ بین صحه الاجارتین.

و علی کل حال ف لو شرط علیه ذلک فسلم العین المستأجره إلی غیره ضمنها و لو بتسلیم انتفاع لا أمانه ضروره کونه متعدیا، و للصحیح المتقدم و الإجماع المحکی عن الغنیه.

نعم لو أخـذ عوضـا عن هـذه المنفعه، و لو أجره مثل، لم یبعـد ملکیته لها لأنها عوض منفعته المسـتحقه له، و إن کان قـد اشترط علیه استیفاءها بنفسه، و کذا لو غصبها غاصب منه، و الله أعلم.

و لو آجر غیر المالـک تبرعا، قیل: بطلت و قیل: وقفت علی اجازه المالک، و هو حسن بل هو الأصـح کما أشـبعنا الکلام فیه فی البیع بما لم یوجد فی کتاب، إذ التحقیق اتحاد البحث فی الفضولی فی جمیع العقود فلاحظ و تأمل.

[الشرط الرابع أن تکون المنفعه معلومه]

اشاره

الشـرط (الرابع: أن تکون المنفعه معلومه) بلا خلاف أجـده فیه بل الإجماع بقسـمیه علیه، للغرر و غیره، بل قیل: إن العامه الـذین اکتفوا بالمشاهده فی البیع وافقوا هنا علی وجوب العلم بقدر المنفعه فلا یجوز

حینئـذ علی المجهوله فضـلا عن المبهمه و لو بإبهـام العین المسـتأجره بـل لاـ بـد من التزام العین فی الـذمه کما یلتزمها بالسـلم و تشخیص العین.

نعم لاـ بأس بها علی سائر المنافع بعـد العلم بها جمیعها حتی مع حال عـدم إمکان استیفاء إلا علی جهه البـدل، فإنه حینئـذ یکون المسـتأجر مخیرا فی استیفاء أی منفعه شاء منها و إن کان مالکا للجمیع بالعقـد، و لو لم یکن للعین إلا منفعه واحده معلومه کفی الإطلاق فی حمل الإجاره علیها، و لو کان لها منافع متعدده وجب بیان المراد منها و لو الجمیع.

و هـل یکفی فی إراده الأـخیر الإطلاق، یقوی ذلک کما عن التـذکره، فیخیر حینئـذ المسـتأجر أیضا علی حسب ما عرفته فیما لو صرح.

و علی کـل حـال علم المنفعه إمـا بتقـدیر العمـل کخیـاطه الثـوب المعلوم طوله و عرضه و غلظه و رقته فارسـیه أو رومیه من غیر تعرض للزمان، و إما بتقدیر المده کسکنی الدار شهرا أو العمل علی الدابه مثلا مده معینه و الخیاطه المعلومه یوما من غیر تعرض لمقـدار العمل، فإن کلا منهما ترتفع بها الجهاله عرفا التی هی المـدار فی المنع و عـدمه فینـدرج حینئذ فاقدها فی عموم الأدله و خصوصها.

و قـد یتعین الثـانی فیمـا لاـ یمکن ضـبطه إلاـ به، و إن کـان عملا کالإرضاع، کما أنه قیل: قـد یتعین الأول فیما هو کـذلک نحو استیجار الفحل للضراب، فإنه یقدر بالمره و المرتین دون الزمان.

و لو قدر المده و العمل فیما یصـلح کل منهما ضابطا له مثل أن یسـتأجره لیخیط هذا الثوب فی هذا الیوم فلا ریب فی الصحه مع العلم بسعه المده لذلک، کما لا ریب فی الفساد مع العلم بالقصور للعجز عن العمل المفروض.

أما إذا کان محتملا ف قیل تبطل الإجاره لأن استیفاء العمل فی المده قد لا یتفق فلا یکون معلوم القدره علیه و فیه تردد ینشأ من ذلک، و من أن المسلم خروجه من عموم الأدله معلوم العجز، و لعله الأقوی، خصوصا فیما کان

كالفرض من قبيل الشرط، فتصح حينئذ، فإن عمله فيه استحق الأجره، و إن زاد الزمان، و الا تخير المستأجر فى الفسخ لفوات الشرط.

و ليس للأجير ذلك لعدم كون الشرط له، و لأن الإخلال جاء من قبله، و لأنه كما لو تعذر المسلم فيه فى وقته، فان فسخ المستأجر قسط، و قيل: بأجره المثل، و قيل: بأقلهما، و الأول أقوى، و الا طالب بالعمل بعدها، كما لو تعذر المسلم فيه فى وقته، فإن المسلم إذا لم يفسخ و اختار الصبر كان له المطالبه به عند وجوده، و كذلك فيما لو أريد التطبيق فى نحو المثال المفروض على معنى الابتداء بابتدائه و الانتهاء بانتهائه، فيصح مع العلم بحصوله، و يبطل مع العلم بالعدم.

و فيه تردد مع الاحتمال، و لعل إطلاق البطلان فى اللمعه و جامع المقاصد و الروضه و محكى التذكره و شرح الإرشاد و التنقيح فى فرض التطبيق فى المثال المفروض مبنى على معلوميه غلبه عدم حصوله، قيل: و هو معنى ما فى المبسوط و المهذب و فقه القرآن و السرائر من توجيه البطلان فى المثال بأنه ربما يخيط الثوب قبل مضى النهار، فيبقى بعض المده بلا عمل، و ربما لا يفرغ منه بيوم، و يحتاج إلى مده أخرى، و تحصيل العمل بلا مده.

و ربما حمل عباره المتن عليه، و هو و إن كان قد يشهد له ظهور كون الإشاره بلفظ القيل فى كلامه إلى من عرفت، و أنه المراد من التقدير و المفروض باعتبار ظهوره فى إراده الجمع بين التقديرين، لا إراده الظرفيه من الزمان.

لكنه ينافيه التردد المزبور على هذا الفرض، بل عن التحرير و حواشى الشهيد أيضا نحو ذلك، بل عن المختلف الحكم بالصحه، ضروره وضوح البطلان حينئذ.

اللهم إلا أن يقال: إن تردده فى التطبيق المأخوذ شرطا، فإن الصحه حينئذ يكفى فيها احتمال إمكانه، لا أنها تبطل، لأنه قد لا يتفق، كما حكاه من تعليل القائل إذ أقصاه تخلف الشرط، فيتسلط المستأجر على الخيار حينئذ.

و يمكن أن يكون التردد فى حمل الإطلاق على التطبيق دون الظرفيه، و لعله

إليه أومى فى محكى المختلف فى توجيه ما اختاره من الصحه بأن الغرض إنما يتعلق بفعله تلك المده و ذكر الانطباق للمبالغه، إذ لا ثمره مهمه فى تطبيقه على الزمان، و الفراغ أمر ممكن لا غرر فيه.

فعلى هذا إن فرغ قبل آخر الزمان ملك الأجره لحصول الغرض و هو التعجيل، و لا يجب شى ء آخر، و إن انقضى الزمان قبله فللمستأجر الفسخ، فإن فسخ قبل حصول شى ء من العمل فلا شى ء له، و إن فسخ بعد شى ء فأجره مثل ما عمل، و إن اختار الإمضاء ألزمه بالعمل خارج المده، و ليس للأجير الفسخ، و إن كنا لم نجد ذلك له فى المختلف، نعم حكى عنه فى السرائر و لعله أبدل به سهوا.

و على كل حال فلا يتوجه الطعن عليه ممن تأخر عنه بأن ذلك خروج عن محل النزاع، باعتبار أن مفروض المسأله التطبيق لا الظرفيه، لما عرفت من أن المقصود تنقيح حال إطلاق المتعاقدين لو صدر منهما التقدير بالمده و العمل، كما هو مقتضى فرض المسأله فى كلامهم على حسب ما فى المتن، و إنما التقييد بالتطبيق أول ما صدر من الفاضل فى محكى التذكره و الأمر سهل بعد أن علمت الحكم فى المسأله على جميع التقادير.

أما احتمال أن المراد فى مفروض المتن و غيره البطلان حتى مع إراده الظرفيه المعلوم سعتها، فلا وجه له قطعا، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، مضافا الى العمومات و الخبر المتقدم سابقا فى الإجاره على الحمل إلى مكان معلوم فى زمان معين و الله هو العالم.

و الأجير الخاص الذى رسم فى جمله من العبارات بالمنفرد هو الذى يستأجر مده معينه شخصيه على وجه الاستغراق، و التقييد للعمل لا الشرطيه، فإن المتجه فيها حينئذ الخيار لفوات الشرط لا الأحكام المزبوره، بخلاف ما إذا استأجره المده المزبوره للعمل بنفسه كذلك، فإنه يجرى فيه الاحكام التى تسمعها، سواء كان العمل مخصوصا أو لا، و سواء كان حرا أو عبدا.

قيل: و منه أيضا من يستأجر لعمل معين أول زمانه اليوم المعين بحيث لا يتوانى فيه بعده، ضروره كونه بمنزله تعيين المده حينئذ.

و على كل حال لا يجوز له العمل المملوك عليه بعقد الإجاره لغير المستأجر فى المده المعينه إلا بإذنه بل و لا غيره من الأعمال إذا كان على وجه ينافى العمل المستأجر عليه، أما ما لا ينافيه فلا بأس به قطعا كما لا بأس بعمله فى غير مده الإجاره كالليل حيث لا يكون داخلا، فيجوز للخياط مثلا إذا كان أجيرا خاصا على الخياطه، التعليم و التعلم و العقد و نحو ذلك مما لا ينافيها حالها، كما يجوز للأجير على البناء فعله فى الليل الآخر إذا لم يؤد إلى ضعف فى الأول.

فما فى المسالك- من احتمال المنع، و الروضه فيه وجهان من التصرف فى حق الغير و شهاده الحال- فى غير محله، اللهم إلا أن يريد خصوص الذى تملك سائر منافعه من أفراده، لكن المتجه فيه حينئذ المنع، لكون المنفعه حينئذ مملوكه للمستأجر، و إن كان الأجير متشاغلا بغيرها له إلا مع الفحوى.

نعم قد يتوقف فى شمول بعض المنافع لو وقع العقد بلفظ مطلق مثلا، و المتجه فيه أيضا الجواز مع فرض الشك فى الإراده كما هو محرر فى نظائره.

و على كل حال فلا خلاف فى عدم الجواز فى المنافى المعلوم الاندراج نقلا و تحصيلا، بل لعله مجمع عليه كذلك، مضافا إلى

خبر إسحاق بن عمار(۱)«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يستأجر الرجل بأجر

معلوم فيبعثه فى ضيعته فيعطيه رجل آخر دراهم و يقول: اشتر بها كذا و كذا، و ما ربحت بينى و بينك؟ فقال: إذا أذن له الذى استأجره فليس به بأس»

بناء على إراده ما يقتضى المنع من البأس فى المفهوم و الخاص من الأجير فيه، و لو بمعونه ما عرفت.

فلو آجر نفسه على العمل المستأجر عليه مثلا فإن كان بإذن وقع العقد للمستأجر و لو أذن له فيه، لأنه كالإذن ببيع ماله لآخر على أنه له، فإن البيع

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱.

لا يكون إلا لصاحب المال، فيملك هو الثمن ما لم يكن الاذن على جهه القرض و نحوه مما هو خارج عن الفرض.

نعم لو كـان أجيرا خاصا على عمل خاص، و قـد أذن له فى عمل غيره مما ينافيه كان العقـد له دون المسـتأجر، لعـدم كونه له، و يحتمل كونه له مطلقا، للفرق هنا بأن الأجير الخاص لم يتشـخص عمله، كى يكون مملوكا للمستأجر و إنما هو معامل معاملته فى غير الفرض.

و يحتمـل العـدم مطلقـا إلا أن يرفع يـده عن الإجاره و إن كان من دون إذن، و قيل: إن يعمل للمسـتأجر الأول شـيئا و لم يسـلمه نفسه كـان كـالفضولى، باعتبـار أنه كالعقـد على ما هو لغيره، فإن أجاز أخـذ المسـمى من المسـتأجر الثانى ما لم يكن قـد قبضـه الأجير، و قد أجاز ذلك أيضا فيأخذه حينئذ منه حتى لو فرض كون الأجره عينا مشخصه.

نعم لو لم يجز له قبض العين المزبوره كـان مخيرا بين مطالبتهـا معا بها كما هو واضـح، و إن أطلق فى الروضه مطالبه من هى فى يـده، كوضوح مطـالبته المسـتأجر خـاصه بالأـجره، إذا لم يجز القبض فى المطلقه، ثم هو يرجع على الأجير بما قبض مع جهله أو علمه و بقاء العين، فما فى القواعـد- من إطلاق التخيير له فى المطالبه لكل منهما كأجره المثل حينئـذ إذا لم يجز- فى غير محله، و إن وجه بأن الأجره لا تزيل عدوان الموجر، إلا أنه كما ترى، و إن لم يجز العقد بطل، لما عرفت.

و لأن الحكم بصـحه الأولى يقتضـى البطلان فى الثانيه، ضروره عدم إمكان الحكم بصحتهما معا، و لا وجه لبطلانهما كذلك، و لا لبطلان الأولى فيتعين الأخيره فلو فرض عمله للثانى مع ذلك و قبله ثم تعقبه عدم الإجازه كان المستأجر الأول مخيرا بين فسخ عقـد نفسه للتبعيض عليه، فيرجع إلى أجرته حينئـذ ففى صـحه الإجاره الثانيه حينئـذ و عـدمها وجهان، تقـدما فى بحث الفضولى فيمن باع ملك غيره ثم ملكه، و بين عدمه فيطالب بأجره المثل، و كذا لو كان عمله بجعاله مثلا.

و احتمال الانفساخ باعتبار أنه كتلف المبيع قبل القبض- كما عن الشيخين و سلار و أبى الصلاح و المصنف فى النافع- يدفعه منع كونه منه، بل هو كغصب بعض المبيع قبل قبضه، الموجب للخيار لا الانفساخ، بل لعله كذلك أيضا فى إتلاف البائع له فى وجه الذى هو نحو ما نحن فيه.

و على كل حال فلا يشكل شيئا من ذلك أن الحر و إن صار أجيرا خاصا إنما يكون المملوك له العمل عليه فى الذمه، فلا يتشخص من دون نيته، بخلاف العبد و الدابه و نحوهما مما تكون المنفعه فيه مملوكه تبعا لملك العين، و من هنا لا يضمن منافعه بالفوات.

لأنا نقول: و لا يمكن صيرورته كالعبد حينئذ بالإجازه بالنسبه إلى ملك منفعته الخاصه. و ثانيا: انه و إن كان كليا فى ذمته إلا انه باعتبار حصره عليه بالمباشره و المده صار كالشخصى و جرى عليه حكم الفضوليه و غيرها كما هو واضح.

و لو كان عمله للغير تبرعا و كان العمل مما له أجره فى العاده ففى الروضه «تخير مع عدم فسخ عقده- بين مطالبه من شاء منهما بأجره المثل، و إلا فلا شى ء و فى معناه عمله لنفسه» و فيه- بعد تخصيص محل الفرض بالأجير الخاص الذى تملك سائر منافعه- ان المتجه الرجوع عليه خاصه إذا فرض كون عمله للغير من غير علم أو من غير استدعاء، فإنه لا يزيد على عبد الغير الذى يعمل فى مال الغير بلا علم منه، أو من غير استدعاء.

بل ينبغى القطع به، كما فى الأجير الخاص الذى قد ملكت منه منفعه خاصه فعمل غيرها مما ينافيها للغير من غير استدعاء منه، بل لو كان ذلك باستدعاء منه أو بعقد إجاره و إن كان فاسدا رجع على الأجير خاصه بأجره مثل عمله الذى فوته عليه، و استحق الأجره على من عمل له بأمره أو بالإجاره الفاسده، أجره المثل للعمل الذى عمله له، لأنها عوض عمله، و لا يملكها المستأجر الأول، لأنها ليست عوض عمله الذى فات عليه.

و قال فی الروضه: أیضا «و لو حاز شیئا من المباحات بنیه التملک ملکه، و کان حکم الزمان المصروف فی ذلک ما ذکرنا أی الرجوع الی أجره المثل إن لم یفسخ العقد» و فیه أنه یمکن دعوی ملکیه المباح للمستأجر إذا کان أجیرا خاصا مملوکه سائر منافعه علی وجه یندرج فیه حیازه المباحات أو کان أجیرا خاصا بالنسبه إلیها لأنه حینئذ بناء علی صحه الإجاره علی هذا الوجه یکون العمل البارز منه مملوکا للمستأجر، و تکون یده بسبب الإجاره ید المستأجر، فیملکه حینئذ و إن نوی خلافه، لأنه بمنزله من نوی التملک فیما حازه غیره، و بمنزله حیازه العبد.

و ربما یومی إلی ذلک فی الجمله إجراء حکم الفضولیه علی عمل الأجیر الخاص، کما عرفت.

هذا کله قبل عمل الأجیر للمستأجر شیئا و قبل أن یسلمه نفسه، أما إذا عمل له أو سلمه نفسه ثم آجر نفسه، ففی بعض کتب بعض مشایخنا «لیس للمستأجر الأول إلا أجره المثل فیما بقی، و لیس له فسخ عقد نفسه، سواء کان المستأجر الثانی استوفی المده أو لم یستوفها مستشهدا علی ذلک بما ذکره غیر واحد من الأصحاب، بل جمیعهم من أن غصب المؤجر و الأجنبی بعد القبض لا یسلط المستأجر علی الفسخ.

ثم قال- فما وقع للشهید الأول فی الحواشی من أن له فسخ عقد نفسه، فإن کان ذلک قبل أن یعمل الأجیر له شیئا فلا شی ء علیه، و إن کان بعده تبعضت الإجازه و لزمه من المسمی بالنسبه» و تبعه علیه ثانی الشهیدین و فاضل الریاض، خلاف ما تقدم لهما و لکافه الأصحاب.

و فیه أن مرادهم بالأجیر الخاص الذی ذکروا فیه الحکم المزبور الحر، لأنه المنساق منه، و تسلیم العمل المستأجر علیه لیس إلا بابرازه، أو بتسلیم نفسه حتی تمضی المده، و لا یقوم تسلیم نفسه فی بعض المده مقام تسلیم المنفعه بالنسبه إلی عدم الخیار، و کذا فعل بعض العمل، و حینئذ فیتجه الفرق بین ما هنا و بین ما ذکروه فی غصب العین المستأجره بعد تسلیمها، و إن کان من المؤجر الذی هو کغصب المبیع

من المشتری کما هو واضح، و یأتی إنشاء الله له مزید تحقیق.

نعم یتم ما ذکره فی العبد الذی هو أجیر خاص، إلا أنه غیر مراد لهم بالنسبه إلی الحکم المزبور، و حینئذ فإن عمل للغیر بعض المده بأجره تخیر المستأجر الأول بین فسخ عقد نفسه للتبعیض، و بین عدمه، فیتخیر فی إجازه العقد الآخر علی حسب ما عرفته، و هل له فسخ عقد نفسه فی خصوص المده التی عمل فیها للغیر، احتمل ذلک، إلا أن الأقوی العدم، کما فی التبعیض فی البیع و الله أعلم.

و لو کان الأجیر مشترکا جاز عمله فی الجمله من غیر إذن لنفسه و لغیره بإجاره أو تبرعا و هو کما عن المبسوط و الوسیله و التحریر و السرائر الذی یستأجر لعمل مجرد عن المده تشخیصها أو عن استغراقها أو عن المباشره أو عن جمیع القیود أو بعضها، فیکون حینئذ له أفراد متعدده، و إن اقتصر فی جامع المقاصد و المسالک علی ثلاثه و هی المجرده عن المده أو عن المباشره أو عنهما، کما أنه فی

خبر عمر بن خالد(۱)عن زید عن آبائه علیهم السلام الاقتصار فی تفسیر المشترک بعد السؤال عنه «بأنه الذی یعمل لی و لک».

و لکن یمکن إراده الجمیع مالا ینافی ما ذکرنا، بل یمکن استفاده أکثرها من نحو المتن بحمل المده فی کلامه علی المده المعتبره فی الأجیر الخاص، و هی الشخصیه المستغرقه للعمل، و إن کان لا یشمل المجرد عن المباشره دونها.

و الأمر سهل بعد ما عرفت القیود المعتبره فی الأجیر الخاص، فإن المشترک حینئذ هو فاقدها، أو بعضها کسهوله الوجه فیما سمعته، من أن حکمه الجواز، للأصل و العمومات السالمه عما یعارضها، حتی المنافاه بین الاجارتین، ضروره عدمها، لأن العمل المستأجر علیه فیه، لیس هو إلا کدین فی ذمته، و لذا عرفه فی محکی الانتصار و الغنیه و التذکره و المختلف بأنه الذی یستأجر علی عمل فی الذمه، بل عن ظاهر

الأولین الإجماع علیه، و یقرب فیه ما عن التنقیح من أنه الذی یستأجر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۰ من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۱۳.

لعمل مطلق معین، أو لزمان مطلق مضبوط مجرد عن المباشره.

و ما عن مجمع البرهان من أنه الذی یعمل عملا معلوما فی زمن معین کلی، إما مع تعیین المباشره أو مطلقا، فلا ینافیه حینئذ دین آخر علیه، بل لا ینافیه صیرورته أجیرا خاصا لآخر.

نعم قد یکون علی وجه تحصل المنافاه بینهما، کأن یوجر نفسه مده حیاته مع تعیین المباشره، فلا یجوز حینئذ کما فی الریاض، للمنافاه بینه و بین عمل ما استوجر علیه للأول، و هو فی معنی الخاص بالإضافه إلی قدر المده للعمل الأول، و إن کان قد یناقش فی أصل صحه المثال بالغرر، و فی جریان ما سمعته من أحکام الأجیر الخاص علیه أیضا، کالفضولیه و نحوها، بل أقصاه عدم مضی الإجاره الثانیه المنافیه بل بناء علی عدم النهی عن الضد احتمل بعضهم الصحه کما ستسمعه.

و منه یعرف ما فی المحکی عن الشهید من القول بأن الإطلاق فی کل الإجارات یقتضی التعجیل، و أنه تجب المبادره إلی ذلک الفعل، فإن کان مجردا عن المده خاصه فبنفسه، و إلا تخیر بینه و بین غیره، و حینئذ فیقع التنافی بینه و بین عمل آخر فی صوره المباشره، و فرع علیه عدم صحه الإجاره الثانیه فی صوره التجرد عن المده مع تعیین المباشره، کما منع، فی الأجیر الخاص.

و یرشد إلیه ما تقدم فی الحج من عدم صحه الإجاره الثانیه مع اتحاد زمان الإیقاع نصا أو حکما کما لو أطلق فیهما، أو عین فی إحداهما بالسنه الأولی، و أطلق فی الأخری، إلا أنه فی الروضه بعد أن حکاه عنه قال: «و ما ذکره أحوط، لکن لا دلیل علیه إن لم نقل باقتضاء مطلق الأمر الفور» و مقتضاه أن دلیله واضح إن قلنا باقتضائه، مع أن فی المسالک قال: «لو سلمنا حینئذ ذلک فالأمر بالشی ء انما یقتضی النهی عن ضده العام، و هو الأمر الکلی لا الأفراد الخاصه- سلمنا لکن النهی فی غیر العباده لا یدل علی الفساد، و ما ذکره فی الحج لیس بحجه بمجرده و یتفرع علی ذلک وجوب مبادره أجیر الصلاه إلی القضاء بحسب

الإمكـان، و عـدم جواز إجـارته نفسه قبـل الإتمام، و أما تخصـيص الوجوب بصـلوات مخصوصه و أيام معين فهو من الهـذيانات البارده و التحكمات الفاسده».

قلت التحقيق عـدم اقتضاء الإطلاق التعجيل، لعـدم فهمه من العقـد، و عـدم الـدليل عليه من الشـرع، و الحـج بعد تسـليمه إنما هو لدليل خاص، و لا ينافى ذلک اقتضاء العقد الحلول المقابل للتأجيل، لأنه أعم من التعجيل المزبور.

بل إن لم يكن إجماع أمكن القول بعـدم وجوبه، حتى مع المطالبه المقتضـيه وجوب الدفع على حسب ما اقتضاه العقد من الفعل فى أزمنه الإمكان على المتعارف المسـتفاد من إطلاق الأمر بالوفاء، و ليس هو كالدين الذى يجب تعجيله بالمطالبه مع الإمكان، لعدم الدليل بل ظاهر إطلاق الأمر بالوفاء يقتضـى خلافه، مضافا إلى السـيره فى عدم التعجيل المزبور فى سائر الأعمال المسـتأجر عليها على وجه الإطلاق.

و لو سـلم فالإنصـاف اقتضاؤه الفساد فى الإجاره الثانيه، مع اعتبار المباشـره فيهما، و عـدم رضا الأول بالعمل لغيره بناء على النهى عن الضد، ضروره كون العمل المستأجر عليه ثانيا محرما عليه حينئذ، فلا تصح الإجاره، فما سمعته من المسالک لا يخفى ما فيه.

بل قد يقال بالفساد، و إن لم نقل بالنهى عن الضد، باعتبار اقتضاء الفوريه المفروضه عدم التمكن شرعا من غيره.

و لعله إلى ذلک أو ما فى الروضه بما سـمعته منه، مع احتمال الصحه و تسلط المستأجر الثانى على الخيار إذا كان جاهلا بالحال، بل قد يحتمل ذلک أيضا بناء على النهى عن الضد، أيضا، ضـروره اقتضاء ذلک الحرمه مع المنافاه دون غيرها، كما لو آجره بعد ذلک، فيتسلط المستأجر على الخيار حينئذ مع جهله بذلک.

كما أنه قيل فى حكم ما نحن فيه من الأجير المشترک إذا كان فاقد المباشره خاصه دون المده أن له إجاره نفسه من الغير إجاره مطلقه، و فى المده مع تعيين المباشره و بدونها، فإذا طالبه المستأجر الأول بما استأجره عليه أداه له بنفسه أو

بغيره، فلو عصى و لم يفعل كان له فسخ عقد نفسه، فلو لم يفسخ طالبه بأجره المثل عنه فى ذلك المده، و ليس له فسخ عقد غيره و لا مطالبته بأجره المثل، و إذا كان فاقد المده دون المباشره فيجوز له إيقاع إجاره مطلقه.

و أما الخاصه فقد يحتمل المنع، و الأقوى الجواز إذا لم تكن على وجه تحصل المنافاه فيه، لإمكان الجمع حينئذ بفعل الأولى بعد مضى زمان الإجاره الثانيه.

نعم لو طلبه منه فلم يفعل فله فسخ عقد نفسه، و الرضى بالعمل متى ما عمله، و ليس له المطالبه بأجره المثل لكل من الموجر و المستأجر، و لا فسخ العقد، و إذا كان فاقدهما جاز له الإجاره المطلقه و الخاصه، و له فسخ عقد نفسه أيضا بالتأخير الكثير إذا طلبه منه، فلم يفعل و هو جيد.

و إن كان يمكن المناقشه فى أجره المثل فى الأول الذى تذكر المده فيه على جهه الشرطيه، و فى الخيار فيه، بل فى الثلاثه بعدم الفعل مع المطالبه، و لو مع التأخير الكثير الذى ينبغى التقييد به فى الثانى أيضا، بأن المتجه فى الأول التسلط على الخيار، لفوات الشرط، لا أجره المثل، و فى الثانى إلزام الحاكم له بالتسليم فى أول أزمنه الإمكان، لا الخيار.

إلا أنه قد تدفع الأولى بأن الفرض التشخيص فى المده، لكن يتجه فيه الانفساخ حينئذ لا الخيار، و بأن الخيار هو الجابر لما يفوت من حيث المعاوضه، كما لا يخفى على من لاحظ موارده فتأمل و الله هو العالم.

و تملك المنفعه بنفس العقد كما تملك الأجره به بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، مضافا إلى أن ذلك مقتضى العقد، و المراد من إنشائه، بل هو مقتضى ما دل على إفاده العقد الملك، و تسبيبه له من «أَوْفُوا» و غيره، لأصاله عدم اعتبار أمر آخر عليه، كما أنه مقتضى ما دل على حصوله بالاستيجار المتحقق بالعقد، نحو الشراء و البيع، بل لم يقل أحد بالفصل بينهما.

و لا ينافى ذلك توقفه فى بعض أفراد العقد على أمر آخر، كالقبض فى الصرف و

نحوه للدليل، خلافا لبعض العامه، فزعم عدم ملك المنفعه بالعقد، لأنها معدومه، و إنما يملكها على التدريج بعد وجودها و حدوثها على ملك الموجر، و ملك الأجره تابع لملك المنفعه، فلا يملكها المؤجر إلا تدريجا، و هو كما ترى.

و هل يشترط هنا اتصال مده الإجاره لو كانت مقدره بالعقد فلو كانت منفصله لم يصح قيل : و القائل الشيخ نعم، و لو أطلق بطلت قال فى المحكى من مبسوطه: لو آجره الدار فى شهر مستقبل بعد ما دخل حين العقد، فإنه لا يجوز، و قال فى المحكى من خلافه: إذا قال: آجرتك الدار شهرا و لم يقل من هذا الوقت و أطلق فإنه لا يجوز.

و كذا لو آجره الدار فى شهر مستقبل بعد ما دخل، فإنه لا يجوز، لأن عقد الإجاره حكم شرعى، و لا يثبت إلا بدلاله شرعيه، و ليس على ثبوت ذلك دليل.

و قيل و القائل الأكثر الإطلاق يقتضى الاتصال، و هو أشبه بمراعاه أصاله إراده المسلم الوجه الصحيح، و لفهم أهل العرف ذلك حتى صار كأنه وضع عرفى، كما يشهد له النصوص الداله على الصحه فى المتعه مع الإطلاق، و كان غرض المصنف بهذه العباره خصوصا بعد ذكر مسأله الانفصال التعرض لتنزيل الإطلاق على الاتصال و عدمه.

لكن فيه أن مثل ذلك لا يؤدى بمثل هذه العباره كما هو واضح، بل ليس وظيفه الفقيه التعرض لمثله، ضروره كون المدار على الفهم العرفى.

بل يمكن أن يكون مراد الشيخ من الإطلاق الذى حكم ببطلانه الكلى الذى هو حقيقه اللفظ مفرعا له على اعتبار الاتصال فى الصحه، و الكليه أعم منه، فيبطل، فالمناسب البحث معه فى ذلك، و أنه بناء على عدم اعتبار الاتصال كما هو التحقيق تجوز الكليه، أو لا بد من التعيين و لو فى زمان متأخر عن العقد، يحتمل الأول لإطلاق الأدله و عمومها.

و ربما يشهد له جمله من كلمات الأصحاب فى مسأله آجرتك كل شهر

بـدرهم، و أمثلتهم، و فى مسأله الأجير المشترك، و المختص، و أمثلتهم فى مسأله تقـدير المنفعه بالعمل و المـده، بل كاد يكون صريحا فى جامع المقاصد فى المقام، و الأخير و ظاهر بعضهم، و صريح آخر الثانى للجهاله و الغرر.

و قـد يقوى التفصـيل بين الأعيان و الأعمال فيعتبر التعيين فى المده فى الأولى، دون الثانيه التى مرجع المده فيها إلى تقدير نفس العمـل، بـل فى محكى التـذكره نفى الخلاـف من اعتبـار التعيين فى الأولى و إذا أمكن تنزيل عباره المتن على البحث عن ذلك كان أولى.

و كيف كان فلو عين شـهرا معينا متأخرا عن العقد قيل و القائل الشـيخ كما سـمعت و أبو الصلاح تبطل لما عرفت و لعدم القدره على التسـليم و الوجه الجواز وفاقـا للمشـهور، بـل فى محكى التـذكره الإجمـاع عليه، بـل عن السـرائر بعـد حكـايه ما سـمعته من المبسوط مـا نصه لم يـذكر يعنى فى المبسوط أن ذلـك قولنـا، أو قول غيرنـا، و لاـ يظن ظان أن ذلك قول لأصـحابنا إلى آخره لعموم الأدله.

و لأن شرط الاتصال يقتضى عدمه، لأن كل واحد من الأزمنه التى تشتمل عليها مده الإجاره معقود عليه، و ليس غير الجزء الأول متصلا بالعقد، و متى كان اتصال باقى الأجزاء غير شرط، فكذا اتصال الجميع، و القدره على تسليم المعقود عليه متحققه كما هو واضح، و الله العالم.

و كيف كـان فقـد عرفت أن المسـتأجر يملـك المنفعه بالعقـد، كما أن الموجر يملك الأجره به إلا أنه ملك غير مسـتقر، و إنما يستقر بالاستيفـاء بلاـ خلاف و لا إشـكال أو بما هو فى حكمه كما إذا سـلم العين المسـتأجره للمسـتأجر و قبضـها و مضت مـده الإجاره لو كانت مقـدره بها أو مـده يمكن فيها استيفاء المنفعه لو كانت مقدره بالعمل، سواء اسـتوفى أم لا، لعذر أم لا، كما عن التـذكره التصـريح به، فإنه إذا كان كـذلك لزمته الأجره بلا خلاف معتد به، حتى لو كانت الإجاره فاسده، و إن كان اللازم فيها أجره المثل.

فما عن التذكره و التحرير- من احتمال عدم شـی ء له فيها- فی غير محله، بل لا فرق فی ذلک كله بين العين الشخصيه و الكليه، و التقدير بالمده و العمل، لعموم الأمر بالوفاء، و استصـحاب الملک، و عدم المانع من قبل الموجر، و كون العين مضمونه المنافع فی يده.

و

الخبر(۱)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استأجر من رجل أرضا فقال:

أجرنيها بكذا إن زرعتها، أو لم أزرعها أعطيتک ذلک، فلم يزرعها الرجل قال: له أن يأخذ، إن شاء ترک و إن شاء لم يترک».

و خبر ابن يقطين (۲)«سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكترى السفينه سنه أو أقل

أو أكثر قال: الكرى لازم إلى الوقت الذى اكتراه إليه و الخيار فی أخذ الكرى إلى ربها، إن شاء أخذ و إن شاء ترک».

و نحوه خـبر على ابنه (۳)و خبر سهل (۴)و خبر ابى بصير(۵)بـل الظـاهر أن المراد من الحكم فيها بلزوم تمام الكرى إلى الوقت دفع و هم احتمـال نقص الكرى بقـدر التعطيـل، لو تعطلت فی بعض المـده، و إجمـاع الغنيه على مـا إذا اسـتأجر دابه ليركبها إلى مكان بعينه، فسلمها إليه فأمسكها مده يمكنه المسير فيها و لم يفعل، و غير ذلک.

و حينئذ فقول المصـنف و فيه تفصـيل فی غير محله، و إن حكى عن نسـخه قرئت على المصنف أنه وجد مكتوبا عليها أن المراد إن سـلم العين و كانت مقيـده بمـده معينه لزمت الأجره انتفع أم لا، و إن كانت على عمل كالـدابه تحمل المتاع لزمت فی المده أجره المثل، و الإجاره على العمل باقيه، و هو أحد الوجوه المحتمله فيه فی المسالک، فإنه احتمل أن يكون المراد منه الفرق بين المعينه فتستقر دون المطلقه، أو بين المعينه بوقت، دون المتعلقه بالذمه مجرده عن الزمان، فتستقر فی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱ و ذيله.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱ و ذيله.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱ و ذيله.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱ و ذيله.

الأولى دون الثانيه، لأن جميع الأزمنه صالحه لها، أو بين الحر و غيره فتستقر فى الثانى دون الأول.

لكن الأولين كما ترى، و إن حكى أولهما عن الشيخ، و ثانيهما عن المهذب البارع و إيضاح النافع، و أما الثالث فليس مشمولا للعباره، ضروره إراده العين المملوكه على أنه سيصرح بخلافه فى الاستيجار على قلع الضرس الشامل للحر و غيره، بل قوله.

و كذا لو استأجر دارا و تسلمها و مضت المده و لم يسكن ظاهر فى كون المراد من الأول غير المعينه بوقت فلا معنى لحمل التفصيل عليه، فيتعين حينئذ حمله على الأول.

لكن فيه أيضا أنه إن كان المراد بالمطلقه غير المعين من الدابه، كما لو استأجر منه دابه كليه موصوفه فدفع إليه الموجر المطابقه و مضت مده يمكن فيها الاستيفاء و لم يستوف فالمتجه حينئذ كونها كالشخصيه بالقبض، لأنه مشخص للكلى و إن أراد بالمطلقه الإجاره المطلقه بمعنى استيجاره مثلا على حمل شى ء إلى مكان معلوم من غير تعيين للحامل دابه أو غيرها، فدفع دابه لذلك و لم يستوف، فهو و إن كان يمكن منع استقرار الأجره، بمضى المده فى مثله، إلا أنه مناف لما فرض المسأله فيه، و هو تسليم العين المستأجره، ضروره عدمها فى الفرض.

اللهم إلا أن يراد بها ما يشمل ذلك، و الأمر سهل فى المراد من العباره بعد معلوميه الحكم على كل تقدير.

و مثل التسليم فى ذلك كله بذل الموجر العين للمستأجر حتى مضت المده المزبوره، فلم يأخذها المستأجر بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، للأدله السابقه.

نعم ليس هنا أجره المثل مع فرض فساد الإجاره، لعدم القبض، و لكن قد يشكل ذلك فى غير العين المشخصه المقيده بزمان، بأن الحال فيه كدفع المديون الدين، فامتنع الديان من قبضه، و قد ذكر هناك غير واحد قيام الحاكم مقام المالك فى

القبض، بـل قيـل: فـإن لم يكن فعـدول المؤمنين، و إن كـان قـد يناقش فى قيامهم مقامه هنا بما ذكرناه فى محله، فينحصـر الأمر حينئذ فى الحاكم، فإن لم يكن كان تلفه من الديان.

و على كل حال يتجه الحكم هنا بـذلك، اللهم إلا أن يسـتند إلى الأدله السابقه، مؤيـدا بأن القبض الذى تدور عليه هذه الأحكام عباره عن التخليه التى قد فرض حصولها، فلا يحتاج إلى الحاكم حينئذ، لصدق القبض حينئذ فتأمل جيدا.

و لو دفع المسـتأجر على عمـل عينـا إلى الأـجير ليعمـل فيها العمل، و كانت الإجاره مقـدره بالزمان حقيقه أو حكما، كما لو ذكر ابتـداء العمل فى وقت معين، ثم لا يتوانى فيه حتى يتم فمضت المده التى يمكن فيها العمل، فلم يفعل، و طلب المالك العين فلم يدفعها له، صار غاصبا، بل و إن عمل بعد ذلك لم يستحق أجره، و إن لم يطلبه المالك.

نعم لو لم تكن مقـدره بالمـده فالظـاهر اسـتحقاق الأجره و ان طلبه المالك منه، بل و كـذا لو كانت المـده مـذكوره شـرطا و إن تسـلط على الخيار بفوات الشـرط لكنه يسـتحق حينئذ أجره المثل أو استأجر الحر أو عبده لقلع ضرسه، فمضت المده التى يمكن إيقاع ذلك فيها و كان الموجر باذلا نفسه له فلم يقلعه المسـتأجر، اسـتقرت الأجره أما فى العبد الذى قد تسـلمه فواضح، لأنه من العين المسـتأجره التى قد عرفت الكلام فيها، و أما الحر فهو و إن كان قضـيه إطلاق المتن و محكى المبسوط و السرائر و التحرير و الإرشاد ذلك فيه أيضا، بل عن التذكره أنه الأقرب، بل فى المسالك الجزم به، لبعض الأدله السابقه.

لكن قـد يشـكل بما فى جامع المقاصـد و محكى مجمع البرهان من أن منافع الحر لا تـدخل تحت اليـد اسـتقلالا و لا تبعا، لعدم ملكيه العين، و لذا لا تضمن إلا بالاستيفاء.

بل قيل: إنه خيره غصب الشرائع و التحرير و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد

و المسالک و الروضه و الرياض، و قد يدفع بأن منافع الحر بعد العقد عليها و استحقاقها صارت مالا، فمتى بذلها لمستحقها فلم يقبلها كان تلفها منه، نحو غيرها من الأموال.

نعم يأتى الكلام السابق فيما إذا لم تكن مقيده بزمان حقيقه أو حكما من اعتبار تعذر الحاكم و عدمه، هذا كله مع بقاء الألم الذى يقلع الضرس له عاده.

أما لو زال الألم عقيب العقد سقطت الأجره لتعذر متعلقها شرعا باعتبار عدم جواز القلع، و إدخال الألم على النفس بغير ضروره، فلا يصح الاستيجار عليه، إذ هو حينئذ كالاستيجار على قطع اليد و نحوه من غير سبب يوجبه، أما لو فرض وجود سبب كالأكله و نحوها مما يقطع بها عند العقلاء جاز بلا إشكال و لا خلاف كما هو واضح و الله العالم.

و لو استأجر شيئا معينا فتلف قبل قبضه بطلت الإجاره بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به فى محكى التذكره لفحوى ما دل عليه فى البيع من النبوى (۱)و خبر عقبه(۲)و غيرهما، بل ظاهر الأصحاب فى المقام اتحاد الحكم فى المقامين، و أن المنفعه هنا بمنزله المبيع، و الأجره هنا بمنزله الثمن.

و من هنا يتجه جريان جميع ما تقدم هناک فى المقام، كالبحث عن تلف الثمن، المعين، و عن التلف بغير الآفه السماويه كتلف الأجنبى، و البائع و المشترى، و عن تقيد الحكم بما إذا لم يكن عدم القبض من امتناع المستحق، أو بسؤاله البقاء فى يد البائع، و غير ذلک مما تقدم هناک فلاحظ و تأمل.

لكن قد يقال هنا إن الوجه فى التعديه المزبوره مع اختصاص الدليل فى البيع هو بناء أمثال هذه العقود على المعاوضه الشرعيه و العرفيه التى هى بمعنى تبديل سلطنه بسلطنه، بل لعل ذلک من مقوماتها، فتعذره حينئذ يقتضى انتفاؤها.

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۷۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۰ من أبواب الخيار الحديث- ۱.

لكن لا ـ يخفى عليك منافاه ذلك لكثير مما تقدم فى ذلك المبحث، ضروره ابتنائه على أن الأصل اللزوم، و أن العقد قد تم مقتضاه الذى هو حصول الملك لكل من العوضين، فتلف كل منهما حينئذ من مال مالكه إن لم يكن بجنايه جان، و إلا فعلى المتلف، إلا أنه خرج التلف قبل القبض عن هذا الأصل بالدليل المزبور، فينبغى الاقتصار على مؤداه و يبقى ما عداه على الأصل.

اللهم إلا ـ أن يقال: إن التعديه عن مفاد الدليل المزبور هناك و هنا دليل على فهم أن مبناه ذلك، و إثبات الخيار فى إتلاف الأجنبى و البائع لإمكان المعارضه فى الجمله بقاعده من أتلف، المفقوده مع التلف بآفه سماويه كما أن اللزوم بإتلاف المشترى باعتبار كونه كوصول العوض إليه، لضمانه له لو انفسخ العقد، و لذا لم يثبت خيار هنا، بخلافه فى سابقه المناسب لوضع الخيار، باعتبار فوات حقيقه المعاوضه و ثبوت مجازها بقاعده من أتلف، أما الآفه السماويه فقد انتفيا معا، و لذلك انفسخ العقد.

و كأن العلامه نظر إلى ذلك فجعل التلف كاشفا للفسخ من الأصل، باعتبار أن حصول المعاوضه العرفيه شرط فى حصول المعاوضه الشرعيه، و إن كان قد يدفع بمنع ما يدل على ذلك.

بل أقصى ما يسلم أن إمكانها شرط فى صحتها، و استدامه الإمكان إلى حصول القبض شرط فى الاستدامه، و لذا كان مذهب الأكثر الانفساخ من حينه، لا من الأصل و الله اعلم.

و كذا الكلام لو تلفت عقيب قبضه بلا ـ فاصله، بعد ما عرفت أن المنفعه هى التى بمنزله المبيع، و لا ريب فى تحقق تلفها قبل قبضها، و إن كان بعد قبض العين التى تستوفى منها، و ليس فى الأدله ما يقضى بأن قبض العين للمنفعه بالنسبه إلى ذلك، و إن كان هو كذلك بالنسبه إلى استحقاق تسليم الأجره و نحوه.

أما لو انقضى بعض المده ثم تلف، أو تجدد فسخ الإجاره بسبب من أسبابه صح فيما مضى، و بطل فى الباقى كتلف بعض المبيع و حينئذ ف يرجع

من الأـجره بما قابل المتخلف من المـده مثلا إن ثلثا فثلث، و إن نصـفا فنصف مع تساوى الاجزاء، و إلا كما لو كان أجره الشـتاء غير الصـيف قوم أجره مثل جميع المـده ثم تقوم الأجزاء السابقه على التلف، و تنسب إلى المجموع، و يؤخذ من المسـمى بتلك النسبه، و كذا الكلام فى المنفعه المقدره بالعمل.

هـذا كله إذا وقع عقـد الإجاره على عين مشـخصه، أما إذا كانت كليه و قـد دفع الموجر فردا، فتلف عند المسـتأجر، فالظاهر عدم انفسـاخ الإجـاره، بـل ينفسـخ الوفاء المزبور، و يسـتحق عليه فردا آخر، و دعوى تشـخيص الحق فيه ممنوعه، كما عرفته سابقا فى نظائره.

و كيف كـان ف لا بـد من تعيين ما يحمل على الـدابه إما بالمشاهـده كما صـرح به جماعه، بل عن التـذكره أنها من أعلى طرق العلم. نعم فيهـا أيضـا «أنه لو كان فى ظرف وجب أن يمتحنه باليـد تخمينا لوزنه» و لعل مراده أن المحمول إذا كان فى ظرف، و لم يعلم أنه من أى جنس، و الفرض اختلاـف الأجناس فى الثقل و الخفه، وجب امتحانه باليـد و نحوه، أما إذا كان مشاهـدا على وجه يعرف جنسه، فالظاهر الإكتفاء بها على الامتحان باليد و نحوها.

و كـأنه إلى ذلـك أشـار فى المسالـك بقوله «لما كان الضابط التوصل إلى ما يرفع الجهاله، لم يكف مطلق المشاهـده، بل لا بد معهـا من امتحـانه باليـد تخمينا لوزنه إن كان فى ظرف، لما فى الأعيان من الاختلاف فى الثقل و الخفه مع التفاوت و لا فرق فى الإكتفـاء بالمشاهـده بين المكيل و الموزون، و بين غيرهما، و عـدم الإكتفاء بها فى البيع، لكون المراد هنا القـدر الـذى لا تكفى هى فيه، بخلاف المقام الذى يراد فيه الحمل الموقوف على معرفه الثقل و الخفه، الذين لا مدخليه لمعرفه المقدار فيهما، ضـروره محسوسيتهما بالمشاهده، و الامتحان باليد و نحو ذلك كما هو واضح.

و إما بتقـديره بالكيل أو الوزن أو غيرهما مما يرفع الجهاله التى هى المانع فى المقام، و لـذا لم يكتف بهما أى- الكيل و الوزن- فى غير المقدار، ضروره

اختلاف الجنس أيضا فى ذلك أيضا، فلا بد من معرفته معهما، إذ القطن يضر من جهه انتفاخه و دخول الريح فيه، فيزداد ثقله فى الهواء، كما أن الحديد يجتمع على موضع من الحيوان، فربما عقره، بل تحميل بعض الأجناس أصعب من بعض، و يحتاج فى الحفظ إلى أزيد من الآخر.

فإطلاق المصنف كالمحكى عن غيره محمول على إراده الإكتفاء بهما من حيث المقدار، لا بالنسبه إلى مثل ذلك، على أن المصنف سيصرح بوجوب ذكر الجنس و الصفه و القدر فى غير المشاهده.

و على كل حال ف لا يكفى ذكر المحمل مجردا عن الصفه و لا راكب غير معين لتحقق الاختلاف فى الخفه و الثقل بل و لا بد من مشاهدتهما مع ذكر المحمل من ذكر طوله و عرضه و علوه، و هل هو مكشوف أو مغطى، و ذكر جنس غطائه بل و الوطاء و جنسه و عدمه، و فى الاكتفاء بوصف الراكب بالضخامه و النحافه ليعرف الوزن تخمينا نظر.

بل و خلاف: فعن المبسوط و فقه الراوندى أنه لا يمكن العلم بالراكب إلا بالمشاهده، بل لعله ظاهر الوسيله و التحرير و الإرشاد و غيرهما، لأن الرجل قد يكون طويلا خفيفا و قصيرا ثقيلا، مضافا الى اختلاف الرجال فى الحركات و السكنات، و الوصف لا يضبط ذلك كله، و لا يفيده، فيكون غررا.

بل ربما قيل: إن المشاهده وحدها لا تفيد ذلك كله، بل لا بد معهما من ذكر الحركات و السكنات قله و كثره، و فى جامع المقاصد و المسالك و عن التذكره و الإيضاح الإكتفاء بذلك إذا كان تاما مشتملا على ذكر الوزن و الطول، و القصر و الضخامه و النحافه، و الحركات و السكنات و نحو ذلك.

بل لعله لا حاجه الى ذكر الأخيره، لأنها اختياريه، بل إن لم يحصل إجماع أمكن القول بما عن مالك من عدم الحاجه إلى تعيين الراكب بشى ء من ذلك، لتقارب الأجسام فى الغالب، و للتسامح فى مثل هذا التفاوت و للسيره.

نعم لو كان خارق المعتاد فى الثقل احتج إلى المشاهده أو الوصف القائم مقامها فتأمل جيدا.

و كذا لك الكلام فيما لو استأجر دابه للحمل فإنه لا بد من تعيينه أى المحمول بالمشاهده أو ذكر جنسه و وصفه و قدره لتوقف رفع الجهاله و الغرر على ذلك، و لعل ما تقدم كان فى الدابه التى قدرت منفعتها بالمده التى مثل بها المصنف سابقا لذلك، بخلاف هذا فإنه فى الدابه المقدره بالعمل.

لكن فيه أولا- أنه ينبغى ذكر الجنس و الوصف هناك أيضا كما هنا، و ثانيا أنه قد يقال: مع التقدير بالزمان لا حاجه الى التعيين بالمشاهده، و لا إلى غيرها، فإنه يجوز إجاره الدابه للحمل مده معينه من غير تعيين للمحمول، لكن لا يتجاوز المستأجر المعتاد كما يجوز الاستيجار للخياطه يوما من غير تعيين أنها فارسيه أو روميه، لعدم الغزر.

بل هو أولى بالجواز من الاستيجار للخدمه مثلا، أو لمطلق الانتفاع به، على معنى أنه يملكه بعقد الإجاره سائر منافعه مده معينه، فينتفع به المستأجر ما شاء.

نعم يعتبر التعيين مع إراده الخصوصيه، و يمكن أن يحمل على ذلك كلام المصنف و غيره و جامع المقاصد فيما لو قدر البناء بالزمان، قال: ظاهر كلامهم أنه لا يشترط ذكر شى ء من الأمور الثلاثه التى لا بد منها لو قدر بالعمل، و هى الطول و العرض و السمك، بل فيه أيضا ذكر تعيين المحل و الآله من لبن أو طين مثلا احتمالا.

و كذا صرح بعضهم بل غير واحد أيضا بعدم الحاجه فيما لو استأجره لعمل اللبن إذا قدر بالزمان إلى معرفه الغالب و نحوه، و فيما لو استأجره لحفر بئر أو نهر إلى معرفه الطول و العرض و العمق و نحوه مع التقدير بالمده فلاحظ و تأمل.

و كذا لا بد من اشتراط المعاليق أى الآلات كالقربه و الإداوه و السفره و

نحوها، إذا لم تكن هناك عاده تقضى بها بل لا يكفى حينئذ ذكر ها أى الآلات المحموله ما لم يعين قدرها و جنسها للغرر.

نعم لو شاهدها أو قدرها و عرف جنسها ارتفع الغرر، كما أنه لو كانت هناك عاده تقتضى ذلك لم يحتج إلى شى ء من ذلك كما هو واضح.

و كذا الكلام فى الزاد فلا- بد حينئذ من اشتراطه مع عدم العاده بل (لا يكفى اشتراط حمل الزاد ما لم يعينه) أو يشاهده على حسب ما عرفت، أما إذا كانت هناك عاده فى حمله و فى مقداره، فلا حاجه إلى الاشتراط، و إن اختلفت بالنسبه إلى طول السفر و قصره، و كثره اتباع الشخص و قلتهم و نحو ذلك. فإنه غير قادح كما لا يقدح التفاوت اليسير فى أفراد المعتاد الذى يتسامح فى مثله.

و على كل حال ف إذا فنى كله أو بعضه بالأكل المعتاد ليس له حمل بدله من زاد فضلا عن غيره ما لم يشترطه لابتنائه فى العاده على عدم البقاء، و على عدم الابدال، فما عن المبسوط- من أنه إن أكله أو أكل بعضه كان له ابداله و إكماله على الأقوى، بل عن التحرير أنه ليس بردى- فى غير محله.

لكن فى محكى التذكره محل النزاع ما إذا كان يجد الطعام فى المنازل المستقبله بسعر المنزل الذى هو فيه، أما إذا لم يجده أو وجده بثمن أغلى فله الإبدال لا محاله، بل عن المبسوط و التحرير مثل ذلك، قلت: محل البحث أنه إذا استحق حمل الزاد للعاده يستحق حمل عوضه لو فنى بالأكل كغيره مما استحق نقله، أو أن العاده تقضى به على هذا الحال، فلا يستحق حينئذ الابدال.

نعم لو اشترط الإبدال صح كما أنه لو ذهب بسرقه أو سقوط أو نحوهما كان كذلك بلا خلاف فى محكى المبسوط، حتى لو أطلق اشتراط عدم الإبدال مع الأكل، ضروره تنزيله على المعتاد.

فإذا استأجر دابه معينه اقتصر على مشاهدتها فإن لم لكن مشاهده (۱۱) بل غائبه أو كانت كليه فلا بد من ذكر جنسها (۱۲) كالإبل و وصفها (۱۳) على وجه يرتفع

معه الغرر فى الإجاره بذكر النوع من العرابى و البخاتى و كذا الذكوره و الأنوثه إذا كانت للركوب ضروره اختلاف الدواب بالنسبه إليه، بل فى محكى التذكره و التحرير انه إذا كان فى النوع ما يختلف مشيه جوده و رداءه وجب ذكره، و إن كانت مشاهده كالخيل التى فيها القطوف و غيره.

اللهم إلا أن يقال: ان احتمال ذلك غير مؤد إلى الجهاله عرفا فى الإجاره خصوصا مع غلبه الكيفيه الخاصه من المشى فى النوع الخاص على وجه يكون مخالفا للأصل بمعنى الغالب، و لعله لذا أطلق المصنف و غيره الاكتفاء بالمشاهده أو الوصف الذين لا يفيدان ذلك.

بل ربما استفيد من اقتصار الإرشاد و الروض و مجمع البرهان عليهما عدم اعتبار الذكوره و الأنوثه كما احتمله فى جامع المقاصد و المسالك و محكى التذكره، لأن التفاوت بينهما يسير لا يمكن ضبطه، فلا يكون معتبرا فى نظر الشارع بخلاف الجنس و النوع، و لو وجدها بخلاف الوصف تخير مع التعيين كما فى المبيع و طالب بالبدل إذا كانت كليه، و له الرضا بها عوضا عن حقه.

هذا كله إذا كانت للركوب و لذا قال المصنف و يسقط اعتبار ذلك إذا كانت للحمل كما صرح به فى المسالك و محكى التذكره، بل قيل: انه قضيه غيرها الا ان يكون المحمول مما تضره كثره الحركه كالزجاج و الفاكهه فلا بد من معرفه حال الدابه، كما عن التذكره التصريح به.

لكن قد يناقش بأنه لا مدخليه لذكر الغرض المخصوص فى رفع الجهاله المعتبر فى الإجاره، و لا يتوقف عليه، كالعكس، و من هنا يتجه اعتبار المشاهده أو الوصف فى المعينه، و إن كانت للحمل، كما نص عليه بعضهم.

بل لعله كذلك أيضا فى الدابه الكليه، ضروره صدق الجهاله مع عدمه، و إن لم يتضرر المستأجر، نعم لو كانت الإجاره للحمل فى ذمه المؤجر لم يحتج إلى ذكر الدابه، فضلا عن وصفها.

و كيف كان ففى محكى المبسوط و غيره انه يلزم مؤجر الدابه كل ما يحتاج إليه المستأجر فى إمكان الركوب على الوجه المعتاد فى الدابه من الرحل و القتب و آلته و الحزام و الزمام و اللجام و السرج و الأكاف و الزامله و الخداجه و غير ذلك مما يعتاد فعله للراكب بالنسبه الى كل دابه فى رفع المحمل و شده تردد، أظهره اللزوم وفاقا للفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين و غيرهما للعاده، بل فى القواعد و غيرها زياده حطه و رفع الأحمال و شدها و حطها و القائد و السابق.

نعم قيد ذلك فيها و فى المحكى عن تحريره بما إذا شرط المستأجر مصاحبه المؤجر، و أما إذا آجر الدابه ليذهب بها المستأجر فجميع الأفعال على الراكب، و عن التذكره أنه أطلق القول بوجوب هذه الأشياء ان كانت فى الذمه، و عدمه ان كانت معينه، و إنما يجب عليه التخليه بينها و بين المستأجر، و لا يجب أن يعينه فى الركوب و الحمل.

و عن ثانى الشهيدين أن هذه الأشياء تجب مع اشتراط المصاحبه، أو قضاء العاده بها، أو كانت الإجاره فى الذمه، أما لو كانت مخصوصه بدابه معينه ليذهب بها كيف شاء، و لم تقض العاده بذلك، فجميع ذلك على الراكب.

و التحقيق اتباع العاده فى جميع ذلك و غيره، كالدلاله على الطريق، و الإركاب مع العجز، و إيقاف الدابه للصلاه و الحاجه و نحو ذلك، و هى مختلفه باختلاف الأزمنه و الأمكنه، لا يمكن للفقيه ضبطها، بل هو ليس وظيفه الفقيه، و إنما عليه ذكر الحكم كليا، و كل شى ء لا تقضى به العاده أو شك فيه لا يجب بعد فرض عدم دلاله لفظ العقد عليه بإحدى الدلالات الثلاث، و لا دليل شرعى يقتضيه، و قد تقدم فى باب البيع فيما يندرج فى المبيع ماله نفع تام فى المقام، بل هما من واد واحد.

نعم قد يحتاج إلى النظر، تحرير كون لزوم هذه الأشياء على الاشتراط، فيتسلط المستأجر على الخيار بعدم الوفاء بها، أو بعضها، و أنها أيضا بعض المنفعه

التی وقع علیها العقد علی وجه تتقسط الأجره علیها، و یثبت خیار التبعیض بها، أو أنها مما وجبت بالعقد و یستحقها المستأجر، بل و یملکها، لکن علی جهه التبعیه، فلا یقابل حینئذ بشی ء من العوض.

و لعل الأخیر لا یخلو من قوه، و مثل ذلک یجری فی بعض توابع المبیع، و إثبات الخیار مع ذلک أیضا لا یخلو من وجه، خصوصا فی بعض الأشیاء و المسأله غیر محرره فی کلام الأصحاب فلاحظ ما تقدم لنا فی کتاب البیع، فإن له نفعا فی ذلک و غیره و الله العالم.

و لو أجرها للدوران بالدولاب، افتقر إلی مشاهدته لاختلاف حالته فی الثقل و الخفه و لو أمکن الوصف الرافع للجهاله کفی، و کذا یشترط معرفه عمق البئر بالمشاهده أو الوصف إن أمکن الضبط به، و تقدیر العمل بالزمان کالیوم أو بملاء برکه معینه بالمشاهده أو المساحه. لا سقی البستان، و إن شوهد للاختلاف بقرب عهده بالماء و عدمه، و حراره الماء و الهواء و برودته.

و لو أجرها للزراعه فإن کان لحرث جریب معلوم، فلا بد من مشاهده الأرض أو وصفها لاختلافها بالصلابه و الرخاوه، و کثره الحجاره و قلتها و نحو ذلک فبدون أحدهما یحصل الغرر، بل عن التذکره أنها لا تعرف بالوصف، لأنها تختلف فبعضها صلب یصعب حرثه علی البقر و مستعملها، و بعضها رخو یسهل، و بعضها فیه حجاره تتعلق بها السکه، و مثل هذا الاختلاف إنما یوقف علیه بالمشاهده، دون الوصف، لأن الصلابه تختلف بالشده و الضعف، و الحجاره تختلف بتکثر العدد و قلته، و إن کان قد یناقش بأن الوصف أقرب إلی الکشف من المشاهده لظاهر الأرض، الذی لا یعرف به حال ما یصل إلیه العمل.

و دعوی أن المراد بالمشاهده حین حصول حرثها قبل ذلک واضحه المخالفه لظاهر کلماتهم، و التحقیق اندفاع الغرر بکل من المشاهده و الوصف التام.

و کیف کان فلا یحتاج فی مفروض المتن إلی أزید من ذلک، بعد فرض کون

الـذى يريـد حرثه جريب معلوم، و قـد شوهد أو وصف، و الإكتفاء بالعاده فى معرفه السـكه و مقدار نزولها فى الأرض، كما عن التذكره التصريح به، بل قيل: إنه لا يحتاج إلى تعيين الثور و نحوه، إلا أن تكون الإجاره وارده على عين.

قلت: قـد يقال: انها و ان كانت وارده على عين الا أنه لا مدخليه لمعرفتها بالمشاهده أو الوصف فى ذلك، نعم قد يعتبر فيها عدم الإبهام كأحد هذين و نحو ذلك، و لعل هذا هو الذى يريده القائل المزبور، هذا كله فى التقدير بالعمل.

و أما إن كان قـد اسـتوجرت الـدابه لعمل مـده، كفى تقدير المده عن مشاهده الأرض و وصـفها نعم الظاهر وجوب معرفه الدابه كما صـرح به فى القواعد و غيرها، لاختلافها فى القوه و الضعف على وجه يحصل الغرر باعتبار قله الحرث و كثرته، من غير فرق فى ذلك بين وقوع الإجاره على عين الدابه، أو فى الذمه.

و من هنا قال فى محكى التـذكره و جامع المقاصـد: إن كل موضع وقع العقـد فيه على مـده فلا بـد من تعيين الظهر الـذى يعمل عليه، لأـن الغرض يختلف باختلاـف الـدابه فى القوه و الضـعف، و إن وقع على عمل معين لم يحتـج إلى معرفتها لأنه لا يختلف حينئذ.

بـل ظـاهر الفاضـل فى القواعـد وجوب تعيين الأـرض مع ذلـك بأحـد الأـمرين أيضا، قال: «و لو اسـتأجرت للحرث وجب تعيين الأـرض بالمشاهـده أو الوصف، و تقـدير العمـل بتعينهـا أو بالمـده، و تعيين البقر، إن قـدر العمل بالمـده، و كان وجهه اختلاف الحرث باختلافها، فلا يرفع الغرر التعيين بالمده.

و فيه: أن العرف شاهـد على ارتفـاع الغرر بالضـبط بالمـده و إن لم تشاهـد الأـرض و لم توصف، و لـذا جعلوا الضـبط بها مقابلا للضـبط بالعمل، و الأصل فى ذلك ما فى محكى المبسوط، فأما إن كان للحرث فلا بـد من مشاهده الثور، أو يذكر ثورا قويا من حـاله و قصـته، و أن يـذكر الأـرض لأنها تكون صـلبه و رخوه، و لا بـد من ذكر المـده، و فيه ما لا يخفى من عـدم الاحتياج إلى المده مع تقدير العمل بتعيين الأرض، كما لا حاجه إلى تعيينها مع التقدير بالمده على الأصح.

و كـذا الكلام فى إجاره الـدابه للسـفر مسافه معينه ف إنه لا بـد من تعيين وقت السـير ليلا أو نهارا كما عن الإرشاد و الروض و مجمع البرهـان، إلاـ أن يكون هنـاك عـاده فيسـتغنى بهـا عن ذلك لانصـراف إطلاق العقـد حينئـذ إليها، فإذا اختلفا رجعا إليها، بخلاف ما إذا لم تكن، فان عدم التعيين مؤد إلى الغرر.

بـل فى القواعـد و جـامع المقاصـد و محكى التـذكره لا بـد أيضا من تعيين قـدر السـير، إلا أن تكون المنازل معروفه معتاده، فلا يحتـاج حينئـذ إلى التعيين المزبور، و يرجع عنـد الاختلاف إلى المعتاد أيضا، بل فى محكى التحرير أنه لو لم يكن للطريق منازل معروفه فالأولى صـحه العقـد، و الرجوع إلى العاده فى غير ذلك الطريق، كما أنه فى القواعد و جامع المقاصد و محكى التذكره تقييد تعيين الأولين بما إذا كان السفر إليهما، أما إذا لم يكن إليهما بل كانا تبعا للقافله كسفر الحج و نحوه فلا حاجه إلى تعيينها، بل لا وجه له كتعيين أول المده.

و فيه: أن المتجه حينئـذ البطلان، لتحقق الغرر، كما هو قضـيه المتن و غيره ممن أطلق مثله، و احتمال عـدمه فى خصوص الفرض أو عدم قدحه كما ترى.

نعم يمكن أن يقال: إن معلوميه صـحه مثل ذلك بالسـيره القطعيه تكشف عن عـدم وجوب ذكر ذلك مطلقا، و أنه يكفى تقدير العمـل بقطع المسـافه المعينه من غير تعرض للوقت و لاـ للمقـدار، مثـل الاستيجـار على الخياطه و الحياكه و نحوهما من الأعمال التى لا غرر عرفا بعدم التعرض فيها لذلك، على وجه يكون قادحا فى صـحه الإجاره، و لو لأنها تحمل مالا يحمله البيع، و يكون الحكم فيها حينئذ وجوب الإجابه على كل منهما بالطلب و البذل، ما لم يكن هناك مانع أو اعتبار.

و لعله لـذلك قـد خلا كلام القدماء عن ذكر مثل ذلك كما قيل، بل ظاهر المحكى عن الوسـيله و الكافى عدم اعتباره، قال فيه: «إذا استأجرت للركوب عين أربعه أشياء، الراكب، و الطريق، و المنزل، و الركوب بالمحمل أو الزامله أو القتب بعد رؤيه ذلك و معالقها، و نحوه عن الكافى و ظاهرهما الحصر و هو قوى جدا.

و يجوز أن يستأجر اثنان فصاعدا جملا أو غيره للعقبه بمعنى أنهما يملكان منفعته مشاعه، إلا أنهما يستوفيانها على التعاقب، بلا خلاف و لا- إشكال، لإطلاق الأدله و يرجع فى التناوب حينئذ زمانا أو فرسخا إلى العاده إن كانت و يقتسمان بالسويه مع تساويهما، و إلا فعلى ما وقع بينهما من التفاوت، و يرجع فى تعيين المبتدأ إذا لم يتفقا إلى القرعه التى هى لمثل ذلك.

و ليس هذا من الجهاله فى عقد الإجاره الذى ليس مقتضاه إلا ملك المنفعه لمن تنتقل إليه و قد حصل، فما عن التذكره- من احتمال عدم الصحه مع عدم تعينه للجهاله و التنازع- فى غير محله، و كذا ما فى جامع المقاصد و المسالك من أن القول بالقرعه بعيد، لأن محلها الأمر المشكل، و الاشكال فى عقد المعاوضه موجب للجهاله، و مفض إلى التنازع، ضروره أن الإشكال المزبور خارج عن مقتضى عقد المعاوضه، و إنما اقتضاه اختلاف الشركاء.

نعم يجب التعيين إذا كان الاستيجار لاثنين نوبا معينه بالمده، أو بالفراسخ لا على سبيل الإشاعه، و إلا كان مجهولا لا إشكال فى بطلان العقد معه، كما لا إشكال فى صحته مع التعيين، و لا يحتاج إلى قسمه فيه، لعدم الشركه، لكون المفروض ضبط نوبه كل منهما، و من ذلك كله يظهر لک ما فى مناقشه الكركى للفاضل فى القواعد فلاحظ و تأمل و الله هو العالم.

و إذا اكترى دابه مثلا فسار عليها زياده عن العاده أو ضربها كذلك أو كبحها باللجام من غير ضروره أو نحو ذلك مما هو غير جائز له ضمن بلا خلاف كما اعترف به فى محكى التذكره، بل عن الغنيه الإجماع عليه، بل و لا إشكال لأنه متعد بفعله، و إنما له ضربها بما جرت العاده به، و كذا تكبيحها باللجام و حثها على السير، للأصل و السيره و توقف استيفاء المنفعه عليه فى الجمله و لأن

النبى صلى الله عليه و آله و سلم «نخس بعير جابر و ضربه»

و لأن ذلک من مقتضى عقد الإجاره.

بل فى القواعد و المسالک و محكى المبسوط و الخلاف و التحرير و موضع من التذكره التصريح بعدم الضمان لو تلفت بذلک، و فى جامع المقاصد أنه لا يخلو من قوه

للأصل و لاقتضاء العقد جواز الأفعال المزبوره، فهى كالمأذون بها صريحا، فلا يترتب عليها ضمان بل لا يشمله عموم من أتلف، بعد فرض الإذن، و كون التلف بها كالتلف باستيفاء المنفعه المعقود عليها، و من ذلک يعلم ما عن موضع آخر عن التذكره من ضمانه الضرب، و إن كان على المعتاد، لأن الإذن منوط بالسلامه، و فيه ما لا يخفى، و الرائض للدابه يضمنها أيضا إذا خرج برياضته عن المعتاد بين الرواض، لمثل هذا المروض، أما إذا لم يخرج فعن المبسوط و التذكره لا يضمن أيضا و كذا الراعى لا يضمن ما يرعاه بضربه المعتاد، كما عن ظاهر القواعد و عن صريح غيرها، كل ذلک لبعض ما عرفت أو جميعه.

لكن صرح غير واحد بضمان المعلم إذا ضرب الصبى للتأديب، بل عن حدود المسالک نسبه ضمان الأب و الجد له لو أدباه إلى الأصحاب، فضلا عن المعلم، بل قال:

إن ظاهرهم الوفاق على ذلک، بل عنه فى موضع التصريح بالإجماع، و يمكن حمل كلامهم على ما إذا تجاوز المعتاد فى التأديب خطأ فلا ينافى ما هنا حينئذ أو يقال: إنه أجير و الأجير يضمن بجنايته، و إن لم يقصر كالطبيب، و فيه ان الرائض حينئذ كذلک، أو يجعل الإجماع فارقا و الله هو العالم.

و لا- تصح إجاره العقار للسكنى أو للزرع أو للغرس أو للبناء أو للجميع إلا مع التعيين بالمشاهده، أو بالإشاره إلى موضع معين موصوف بما يرفع الجهاله فى الإجاره و لا تصح إجارته فى الذمه، لما يتضمن من الغرر الناشى من عزه الوجود باعتبار تعسر تحصيل الموصوف بالصفات الرافعه للجهاله فى غير المعين، و لذا لم يجز السلم فيه.

و من ذلک تعرف ما فى المسالک من النظر فيما فى المتن بأن الوصف الرافع للجهاله كيف يجامع الغرر، و الفرق بينه و بين المعين الموصوف غير واضح، و فيه ما عرفت، و لعل إطلاق القواعد و غيرها الاكتفاء بالوصف منزل على إراده الوصف المعين، لا الكلى، لما عرفته من الغرر فيه، اللهم إلا أن يفرض ارتفاعه.

بخلاف استيجار الخياط للخياطه، و النساج للنساجه و نحوهما فإنه

تجوز الإجاره فى الذمه فيها، للأصل و لعدم الغرر المزبور فيها.

نعم إذا استأجره أى الخياط مده فلا بد من تعيين الصانع دفعا للغرر الناشى من تفاوتهم فى الصنعه بطأ و سرعه، و منه يحصل الغرر بدون التعيين، نحو ما سمعته فى الإجاره على الحرث مده، أما إذا كان التعيين بالعمل لم يحتج الى ذلك، لعدم الغرر فيه حينئذ مثل الإجاره على حرث جريب معلوم، فإنه لا يحتاج فيه الى تعيين الدابه كما عرفت.

و لو استأجر لحفر البئر أو نهر أو عين فلا اشكال كما لا خلاف فى الصحه لكن لم يكن له بد من تعيين الأرض بالمشاهده أو الوصف بالإشاره إلى موضع معين، على وجه يرتفع غرر الإجاره، و دعوى انحصار ذلك بالمشاهده واضحه الفساد بل ربما كان الوصف أشد من المشاهده فى ذلك.

و هل يعتبر فى التعيين المزبور تشخيص الأرض التى يراد حفرها بئرا، فلا تكفى مشاهده قطعه واسعه من الأرض، أو وصفها بما يرفع الغرر، ثم الاستيجار على حفر بئر مثلا فى موضع منها غير معين، و الخيار بيد المستأجر؟ لم أجد فيه تصريحا من أحد، لكن لم تبعد الصحه.

بل لا يبعد استيجار قطعه منها كذلك للزرع، و نحوه على جهه الإشاعه، أما بدونها بناء على صحه تعلق مثل الإجاره فى الكلى فى الخارج لا على جهه الإشاعه فيمكن الصحه أيضا و فى تنزيل الإطلاق على أيهما ما تقدم فى بيع الصاع من الصبره، إذا لمسأله على الفرض المزبور من واد واحد.

نعم قد تتحمل الإجاره من الغرر مالا يتحمله البيع، و لا ينافى ذلك ما تقدم من عدم صحه إجاره العقار فى الذمه، إذ ذلك إنما هو على طريق الكلى فى السلم، لا مثل الإشاعه، بل و لا مثل الكلى المزبور فى وجه، فتأمل جيدا.

و على كل حال فلا بد أيضا من قدر نزولها وسعتها لتوقف رفع الغرر على ذلك و لو حفرها فانهارت جميعها أو بعضها لم يلزم الأجير إزالته

للأصل و غيره، و كان ذلك إلى المالك كما لو وقع فيها دابه أو حجر أو نحو ذلك إذا لأجير قد امتثل ما وجب عليه، و لم يتضمن عقد الإجاره إخراجه، فلو فرض بقاء شى ء منها غير محفور و امتنع المالك من إخراجه كان التقصير من قبله، كما لو لم يفتح باب الدار لبناء جدار فيها.

نعم لو وقع فيها من تراب الحفر لعدم ابعاد الأجير له على حسب العاده، وجب إزالته عليه، دون المستأجر، لوجوب الابعاد كذلك عليه، فهو حينئذ من فعله، بل لم يأت بالحفر المراد منه، بعد فرض انصراف العرف إلى المزبور كما هو واضح.

و لو حفر بعض ما قوطع عليه ثم تعذر حفر الباقى أو تعسر إما لصعوبه الأرض أو مرض الأجير المشروط عليه المباشره على وجه يتحقق معه العجز أو غير ذلك من الموانع التى ينفسخ العقد معها أو يسلط على الخيار، و اختار الفسخ قوم حفرها و ما حفر منها ثم نسب الثانى إلى الأول و رجع الأجير عليه بنسبته المزبوره من الأجره المسماه بالعقد، إن نصفا فنصف، و إن ثلثا فثلث، من غير فرق بين متفاوت الأجزاء و مختلفها، بلا خلاف معتد به أجده فى شى ء من ذلك، بل و لا إشكال.

فلو فرض تساوى أجره الأجزاء فله من الأجره على مقدار ما عمل، كما إذا استأجره على حفر بئر عمقه و طوله و عرضه عشره عشره فحفر بئرا عمقه و عرضه و طوله خمس خمس فله ثمن الأجره المسماه، لأنه قد عمل ثمن العمل، و ذلك لأن مضروب العشره فى العشره ماءه، و هى فى العشره الثالثه ألف و مضروب الخمسه فى الخمسه خمس و عشرون و هى فى الخمسه الثالثه مأه و خمس و عشرون، و هو ثمن الألف فالأجير حينئذ لم يحفر من النصف الأسفل شيئا و هو خمسمائه، و لا من نصف النصف الأعلى و هو مائتان و خمسون، و لا من نصف نصفه، و هو ماءه و خمسه و عشرون، فهذه سبعه أثمان، لم يحفر منها شيئا، و إنما حفر الثمن و هو مائه و خمس و عشرون هذا.

و لكن قال المصنف فى المسأله قول آخر مستند إلى روايه مهجوره

إلا أنا لم نتحققه لأحد ممن تقدمه، إذا لشيخ بعد أن ذكر ما قدمناه قال: و روی- مشيرا بها إلى ما رواه هو

فی التهذیب (۱)فی باب الزیادات فی القضایا و الأحکام- «عن سهل بن زیاد عن معاویه بن حکیم عن أبی شعیب المحاملی قال: سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل قبل رجلا ان یحفر له بئرا عشر قامات، بعشره دراهم، فحفر له قامه، ثم عجز قال: تقسم عشره علی خمسه و خمسین جزء، فما أصاب واحدا فهو للقامه الأولی، و الاثنین للثانیه، و الثلاثه للثالثه، و علی هذا الحساب إلی العشره».

و هی مع عدم معرفه طریق الشیخ إلی سهل و جهاله الرفاعی- غیر أنه من أصحاب الصادق علیه السلام- لم یعمل بها أحد من الأصحاب، إلا ما یحکی عن ابن سعید فی الجامع، و مخالفته للضوابط من وجوه، فوجب طرحها، علی أنه قد ردها بعضهم بأنها واقعه خاصه، و حکم فی عین، فلاـ عموم لها، و إن کان هو کما تری، ضروره أنها من ترک الاستفصال، لا من الأفعال التی لا عموم لها، نحو قضی أمیر المؤمنین علیه السلام و سجن و نحوهما.

نعم یمکن حملها و إن بعد علی ما إذا تناسبت القامات علی وجه یکون نسبه القامه الأولی إلی الثانیه أنها بقدر نصفها فی المشقه، و الأجره، و هکذا و ذلک یقتضی جمع الأعداد الواقعه فی العشره فما بلغت قسطت علیه الأجره، و لا ریب أن الأعداد فی العشره کواحد و اثنین و ثلاثه إلیها إذا جمعت بلغت ذلک.

فإن ضابطه أن تضرب عدد القامات فی نفسه فما بلغت زادت علیه عشره المسمی بجذرها فنصفته ففی المسأله مضروب العشره فی نفسها ماءه، و جذر ذلک عشره إذا نصفتها، کان خمسه و خمسین، و ذلک مجموع الأعداد التی تضمنتها العشره.

و علی کل حال فلو عمل به احتمل تعدیه، فتقسم الخمسه إلی خمسه عشر، لأن ضربها فی نفسه خمسه و عشرون فإذا زادت علیها جذر و هو الخمسه کان نصفها خمسه عشر، و لو استأجره لحفر أربع قسطت علی عشر، لأن مضروبها سته عشر،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۵- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث ۲.

و بزياده الجـذر تكون عشـرين، فنصـفها عشـره، و هكذا إلا أنك قد عرفت الحال فى الأصل، فضـلا عن التعديه، نعم لا بأس بها بناء على الحمل المزبور و الله هو العالم.

و يجوز استيجار المرأه للرضاع مـده معينه بإذن الزوج بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به فى محكى الخلاف، و السـرائر، بل فى محكى التـذكره إجماع أهل العلم على جواز استيجار الظئر تاره، و أخرى الإجماع على جواز استيجارها للرضاع و الحضانه، معا، و للحضانه دون الرضاع.

مضافا إلى قوله تعالى (۱)«فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» حيث أطلق الأجر على ما يقابل الرضاع الذى هو سـقى اللبن على الوجه المعروف، و إلى مـا أرسـله غير واحـد من فعـل النبى صـلى الله عليه و آله و سـلم و الأـئمه ذلـك، و إلى ما فى القواعـد و محكى التذكره و الإيضاح من الاستدلال عليه أيضا بالحاجه، و إن كان قد يناقش بأنها لا تجوز ما لا يجوز.

نعم يناسب أن تكون سـرا لشرعيه الحكم، كما أنها ربما تصلح سببا للشرعيه إذا انحصر الأمر فى ذلك على وجه يكون التكليف بتركه عسرا و حرجا لا يحتمل عاده، كصحه البراءه للطبيب من الضمان، بخلاف المقام الذى يمكن أن يكون بالصلح أو بالشرط أو بغير ذلك من الطرق الشـرعيه التى لا تعارض قاعده الإجاره مثلا، فالأولى حينئذ الاسـتناد إلى ما عرفت من الإجماع و الآيه، و مقتضاهما الجواز من دون ضم الحضانه كما هو صريح جماعه و ظاهر آخرين.

فما عن بعضـهم من اعتبار ضـمها فى الصحه فى وجه لا وجه له، و المراد بها حفظ الولد و تربيته و دهنه و كحله، و غسل خرقه و تنظيفه و جعله فى سريره و ربطه و سائر ما يحتاج إليه، ضروره تطابق النص و الفتوى و معقد الإجماع على جوازها للرضاع و هى غيره بل و لا من لوازمه كما هو واضح

و لقد أجاد فى جامع المقاصد حيث أنه بعد أن ذكر احتمال المنع لتناول الإجاره

۱- ۱ سوره الطلاق الآيه- ۶.

الأعیان و مع ذلک فهی مجهوله و لیست موجوده قال: «و لا وجه له بعد ثبوت النص» لکن قال فیه فی موضع آخر: «و لو قیل أن المستأجر علیه هو الفعل الذی لا ینفک عن إتلاف اللبن، و هو إیصاله إلی معده الصبی و تلویث الثوب فی الصبغ، فتکون العین تابعه، و لا تخرج الإجاره عن مقتضاها أمکن» کما أنه قال فی المحکی عن التذکره فی موضعین «الأقرب أن الذی یتناوله عقد الإجاره بالأصاله فعل المرأه، و اللبن مستحق بالتبعیه کالبئر تستأجر لیستقی منها الماء، و الدار تستأجر و فیها بئر، فإنه یجوز الاستقاء منها، بل عن فخر المحققین أن ذلک هو الذی حققه والده، و قال: إنه هو الذی تدل علیه الآیه، لأنها داله علی الفعل و اللبن».

قلت: ذلک کله لا یقتضی بقاء الإجاره علی مقتضاها، ضروره عدم الفرق فی خروجه عنه بین دخول اللبن و الصبغ مع الفعل، و بین استقلاله و تبعیته، مع أنه المقصود الأعظم لا تقتضی ذلک.

علی أن من المعلوم صحه الاستیجار علی الصبغ، و إن کان الملوث للثوب فیه المالک دون الصابغ کما قد یقوی الاستیجار للرضاع من دون فعل من المرأه، حتی وضع الثدی فی الفم بأن یضعه المستأجر فیه دونها، و الامتصاص من الطفل، فلم یکن عمل منها أصلا تستحق عوضا علیه، فضلا عن مقابلته بتمام الأجره، کما أنه لو رضع الصبی منها و هی نائمه، استحقت الأجره و إن لم یکن منها فعل.

و من هنا استدل الفاضل فی المحکی من تحریره و قواعده علی أن المعقود علیه نفس اللبن باستحقاق الأجر علیه، بانفراده دون الأفعال بانفرادها، و إن اعترضه فی جامع المقاصد أیضا بأنا لا نسلم استحقاق الأجره باللبن بانفراده، ما لم تصیره المرضعه فی معده الصبی، و لا یلزم من عدم استحقاق الأجره بالأمور الباقیه، بانفرادها استحقاقها فی مقابل اللبن وحده، لم لا یجوز أن یکون فی مقابله الجمیع.

بل فی المسالک الأجود أن المقصود مجموع ما ذکر من المنافع مع عین اللبن

و جوازه حینئذ مع أن بعض متعلقها عین ذاهبه، للنص و هو الآیه(۱)و فعل النبی صلی الله علیه و آله و سلم و الأئمه علیهم السلام.

ثم قال: و یمکن أن یقال: علی تقدیر کون المراد المجموع أن اللبن یکون تابعا لکثره قیمه غیره، و قله قیمه اللبن و ان کان اللبن مقصودا من وجه آخر، و یثبت للتابع من الحکم المخالف ما لا یثبت للمتبوع، و مثله القول فی الصبغ، لکن لا یخفی علیک ما فی الجمیع، خصوصا دعوی التبعیه المزبوره التی هی مع أنها خلاف الواقع إن أرید بها بالنسبه إلی القصد و الفرض، خصوصا بالنسبه إلی الصبغ لا داعی إلی ارتکابها بعد الدلیل، و

لو أن الإجاره بمثل ذلک تکون علی مقتضاها، لا تتجه التعدیه إلی غیر المقام مما هو معلوم عدمه، و الآیه و إن کانت بلفظ الإرضاع، لا الرضاع، إلا أنه هو المراد به، و لکن عبر به لغلبه الرضاع بالإرضاع.

و من هنا یتجه جواز استیجار الشاه لرضاع الصبی، أو سخله کما نص علیه فی القواعد، و محکی غیرها، بناء علی القطع بعدم خصوصیه للمرأه، کالقطع بعدم الفرق بین الحره و الأمه و الصبی و غیره، و إن کان ظاهر الآیه الأولی، بل ربما قطع بعضهم بعدم خصوصیه الرضاع، فجوز استئجار الشاه للحلب، و ربما یؤیده ما ورد فی النصوص و حکی علیه الإجماع من جواز إعارتها لذلک، و ما تصح إعارته تصح إجارته، کما عرفته فیما سبق.

نعم لا یتعدی من ذلک إلی جواز استیجار البئر للاستقاء منها، و لذا منعه فی جامع المقاصد و محکی الحواشی، و موضع من التذکره، و لا الشمع للإشعال و الطعام للأکل، کما صرح به فی القواعد، بل ظاهر السرائر الإجماع علی ذلک.

نعم قد یجوز الاستقاء من البئر عند إطلاق إجاره البئر، للإذن فیه عاده علی وجه یکون کالشرط، و کذا لا یتعدی إلی جواز إجاره الشجره لثمرتها، و الدابه لنتاجها، و لا إلی شی ء من الظروف للامتصاص مما فیها، و لا إلی غیر ذلک مما فیه إتلاف

۱- ۱ سوره الطلاق الآیه- ۶.

عين إلاـ ما قام عليه الدليل مما عرفت، و من الصبغ و من استيجار الفحل للضراب الذى يمكن تحصيل الإجماع على جوازه، مضافا إلى السيره، و من استيجار الحمام و إن استلزم إتلاف الماء، كما عن الإيضاح و حواشى الشهيد التصريح به، بل ربما يكون هو المقصود.

على أنه يمكن أن يقال: إن ذلك و الحمام من اشتراط البذل للعاده، لكن فى القواعد و المحكى من جامع الشرائع «و إجاره الحمام للبث فيه و استعمال الماء تابع» و يمكن أن يريدا ما ذكرنا، و إن كان يأباه لفظ التبيعه.

اللهم إلا أن يراد منها التبيعه فى عقد الإجاره، لا فى القصد.

و فى محكى التذكره تاره أن بعض الأعيان قد يتناولها عقد الإجاره للحاجه و الضروره، كاستئجار الحمام المشتمل على استعمال الماء و إتلافه، و أخرى هل المدفوع إلى الحمامى ثمن الماء و يتطوع بحفظ الثياب و إعاره السطل، أو المدفوع أجره الحمامى و السطل و أما الماء فإنه غير مضبوط حتى يقابل بالعوض.

و كان مراده أن ما فى أيدى الناس من دفع العوض بالدخول إلى الحمام هو نقل عين، و المنافع تابعه، أو بالعكس، و لعل الأقوى الثانى، و أنه جاز للسيره، أو أنه من اشتراط البذل للعاده أو لنحو ذلك، و لا يحتاج إلى تكلف كون الجميع منافع حتى استعمال الماء، و إن استلزم ذلك إتلاف بعض أجزاء الماء، ضروره كونه كإتلاف بعض أجزاء الثوب مثلا بالاستعمال، فإن المراد الانتفاع به بعقد الإجاره مجموع أجزاء ماء الحمام، لا خصوص التالف منها، و ذلك باق، و لم يقتض عقد الإجاره إتلافه، حتى ينافى مقتضاها، و لا يقدح فى ذلك عدم ضبط المده، و لا الإجاره لأشخاص متعددين، من غير فرق بين أول داخل و غيره.

على أن ذلك لازم على تقدير كون الإجاره للحمام أيضا لكن لا يخفى عليك ان التزام ما ذكرناه أولى من ذلك كله، و لولا ظهور كلام من تعرض لذلك، فى أن الحمام من الإجارات لأمكن القول بأنه من الإباحات للأعيان و المنافع بعضو،

و هى قسم مستقل برأسها، لا تدخل تحت عقود المعاوضه، و لها أفراد كثيره كما حررناه فى غير المقام.

و كيف كان فهذا كله إذا أذن الزوج فإن لم يأذن ففيه تردد بل عن المبسوط و الخلاف و السرائر عدم الجواز، لا لأنه مالك منافعها، بل لمنافاته لحق الاستمتاع بها الذى لا بد لها من التهيؤ له، فى كل وقت محتمل، إذ لم يعلم متى يريده منها، و لذا لم يجز لها الصوم من دون إذنه.

و لكن الجواز أشبه إذا لم يمنع الرضاع حقه وفاقا للكركى و الفاضل، و ثانى الشهيدين، للأصل السالم عن معارضه ما سمعت، بعد فرض وقوع الإجاره حال عدم معارضه حق الزوجه لغيبته، أو لمرضه أو لغير ذلك من موانع الاستمتاع، على وجه يوثق به عاده، ضروره اعتبار عدم استغراق الأوقات فى الاستمتاع الذى ليس للزوج غيره من باقى منافعها، فهى مسلطه عليها، و منع الصوم بدون إذنه بعد تسليم عدم تقييده بما عرفت أيضا للدليل، و لو فرض اتفاق إراده الاستمتاع فى الزمان المزبور كان له ذلك، لوجوب تقديم حقه على حق المستأجر فتنفسخ الإجاره حينئذ فى الزمان المزبور، و يتسلط المستأجر على فسخ الباقى.

و كذا الكلام فى غير الرضاع من الاعمال خصوصا غير المقيد منها بزمان، و لو فرض تقدم الإجاره على النكاح، فلا اعتراض للزوج قطعا كما صرح به غير واحد لسبق الحق، و لكن له الاستمتاع بها فيما فضل عن وقت الإرضاع، و ليس لولى الطفل منعه من الوطى مع عدم تضرر الولد به، أما إذا تضرر فله ذلك، لسبق حقه، و لو كان المستأجر للإرضاع الزوج جاز، و لو لولده منها، و كذا غيره من الاعمال.

خلافا للمحكى عن أبى حنيفه فى الثانى، فلم يجوز للطبخ و ما أشبهه، لأنه مستحق عليها فى العاده، و لا ريب فى بطلانه.

و للمحكى عن الشيخ و أصحاب الرأى و الشافعى فى الأول، فلم يجوزوا استئجارها لإرضاع ولده منها، لأنها أخذت منه عوضا فى مقابله الاستمتاع، و آخر

فی مقابله التمکین و الحبس فلا یلزمه عوض آخر.

و فیه: مع شمول الدلیل الولد من غیرها، و الانتقاض باستئجارها لغیره من الأعمال أن التمکین و الاستمتاع غیر الحضانه و الإرضاع و استحقاق منفعه لا یمنع استحقاق منفعه سواها بعوض آخر، و دعوی کون اللبن للزوج واضحه المنع، لعدم الدلیل، و نشر الحرمه منه أعم من ذلک، و علی کل حال ف لا بد من مشاهده الصبی الذی استؤجرت لإرضاعه، بلا خلاف أجده فیه، لاختلاف الصبیان فیه باختلافهم فی الصغر و الکبر، و النهمه و القناعه، و غیر ذلک مما تختلف الأجره باختلافه علی وجه تتحقق الجهاله مع عدمه.

بل لو فرض عدم معرفه ذلک بالمشاهده النظریه وجب اختباره لمعرفه ذلک، بل هو کذلک فی کل ما قلنا باعتبار المشاهده فیه، بل ربما أومأ اقتصار المصنف و غیره علیها، إلی عدم الاکتفاء بالوصف، لکن عن الأردبیلی الاجتزاء به کالراکب، و لا بأس به مع فرض ارتفاع الجهاله، بل قیل ظاهر جماعه عدم اشتراط هذا الشرط من أصله، لاقتصارهم علی ذکر المده، و إن کان کما تری، ضروره إرادتهم ذلک فی مقابله الضبط بالعمل، لا ما نحن فیه، فیمکن ترک تعرضهم لوضوحه، کترک الأکثر التعرض للصبیه التی من الواضح مساواه حکمها لحکمه.

نعم لو استأجرت علی وجه تستحق منافعها أجمع التی منها الرضاع أمکن حینئذ عدم اعتبار مشاهده الصبی.

و أما تعیین المرضعه فظاهر جماعه اشتراطه، و منهم المصنف کما ستعرفه عند قوله، فان مات إلی آخره کما أنک قد عرفت الحال فی مخالفه الرضاع قواعد الإجاره و أنه ینبغی الاقتصار فیه علی المتیقن أو کالمتیقن دون المشکوک فیه و الله هو العالم.

و هل یشترط ذکر الموضع الذی ترضعه فیه قیل: و القائل الفاضل فی قواعده و المحکی من تذکرته و ثانی المحققین و الشهیدین و محکی المبسوط و الوسیله نعم لاختلاف المحال فی السهوله و الصعوبه، و الوثاقه فی الحفظ و عدمه، و غیر ذلک

و لكن مع هـذا فيه تردد مما عرفت، و من تفاوت الأغراض لا مما يتوقف عليه ارتفاع الجهاله فى الإجاره، و لـذا لا يعتبر التعرض له فى باقى الأعمال المتفاوته بالنسبه إلى ذلك، بل لعل هذا هو الأقوى، و حينئذ فلها فراغ ذمتها فى أى مكان.

و على كل حال ف ان مات الصبى أو المرضـعه المعينه بطل العقد بلا خلاف و لا إشـكال، لتعذر المسـتأجر عليه حينئذ، بل ربما ظهر من إطلاق المتن كالمحكى من المبسوط و التـذكره البطلان بموت المرضـعه وجوب تعيينها كالصبى، للغرر الذى لا يمكن ارتفاعه بوصف الكلى و للاقتصار فيما خالف ضابط الإجاره على المتيقن.

و دعوى القطع بعدم الفرق ممنوعه، لكن فى القواعد و جامع المقاصد و المسالك و محكى السـرائر و الحواشـى تقييد ذلك بما إذا كـانت معينه و مقتضـاه حينئـذ مـا صـرح به فى الثلاـثه الأول منها الصـحه مع عـدم تعينها، و لعله الأقوى و حينئـذ فلا تنفسـخ بالموت كغيره من الأعمال المستأجر عليها فى الذمه، فيخرج حينئذ أجره المثل من تركتها، كما فى القواعد و غيرها.

قيـل: و تـدفع إلى ولى الصبى، و فيه أن المتجه بنـاء على ذلـك الاستيجـار بهـا عنهـا، لعـدم انفسـاخ الإجـاره بعـدم تعـذر العمل المستأجر عليه. بعد فرض كونه فى الذمه.

نعم لو تراضـيا على دفع ذلك اليه عوضا عن العمل المسـتحق، أو كان أصل الاستيجار ممتنعا لتعذره بالمره، جاز حينئذ دفعه إلى الولى مع احتمال انفساخ الإجاره فى الأخير بسـبب التعذر المزبور، لصـيرورته كالمعين الذى قد تعذر، و لو أطلق العقد فهل ينزل على المباشره أو على المضمون؟ وجهان، و لعل الأول لا يخلو من قوه للتبادر.

و من هنا قال فى القواعـد: «إنه لو دفعت المرضـعه الصبى خادمتها فالأقرب عدم اسـتحقاق الأجره، لعدم العمل المسـتأجر عليه، و التبرع بإرضاع الجاريه إذ هو حينئذ

كما لو سقته لبن الغنم، و لو اختلف المستأجر و المرضعه فى إرضاعها نفسها، و إرضاع غيرها أو عدم الرضاع، فالظاهر تقديم قولها لو ادعته، لأنها أمينه، و لأنه فعلها و تعسر الاشهاد عليه ليلا و نهارا و الله هو العالم.

و لا فرق فى جميع الأحكام المزبوره بين الأمه و الحره، فإن السيد يجوز له إجاره أمته للإرضاع و جبرها عليه، لأنها ملكه من غير فرق بين القنه و المدبره و أم الولد. نعم الظاهر عدم ذلك فى المكاتبه و لو مشروطه، و المبعضه إلا باذنهن، لكن عن المبسوط و موضع من التحرير أن له أن يجبر المشروطه، و هو كما ترى.

نعم فى القواعد و محكى التذكره و التحرير و جامع المقاصد أنه إن كان لاحديهن ولد لم يجز له أن يوجرها، الا ان يفضل عن ولدها و إن كان مملوكا له، لأن السيد إنما يملك فاضل حاجه مملوكه.

قلت: لا فرق بين المملوكه و الحره إذا تعين عليها إرضاع ولدها، نعم لو أقام مرضعه غيرها ترضعه كان له إجارتها، و لو كانت الأمه مزوجه، جرى عليها ما عرفته من حكم الحره بالنسبه إلى الاستيذان و عدمه.

و كيف كان ف لو مات أبوه أى المرتضع هل تبطل يبنى على القولين فى موت المستأجر إذا كانت الإجاره أصاله، و قد عرفت الحال فيهما سابقا، لكن عن السرائر البطلان هنا مع قوله بالعدم هناك، و لا نرى له وجها، أما إذا كانت الإجاره للطفل، و إن باشر ذلك الولى فلا بطلان بموت الولى، و فى المسالك «و لو كان الولد معسرا و استأجر الأب عليه بمال فى ذمته أو ذمه الأب و لم يخلف تركه توجه جواز فسخها، لا أنها تبطل بذلك» و هو كذلك مع عدم العلم بالحال و لكن قوله أو فى ذمه الأب لا يخلو من إجمال فتأمل. و الله هو العالم.

و لو استأجر شيئا مده معينه لم يجب ذكر تقسيط الأجره فى متن العقد على أجزائها عندنا لإطلاق الأدله سواء كانت المده قصيره أو متطاوله خلافا لبعض العامه فأوجبه إن كانت سنتين فصاعدا، حذرا من الاحتياج

إلى تقسيط الأجره على المده على تقدير لحوق الانفساخ بتلف و غيره، و ذلك مما يشق و يتعذر.

و فيه:- مع انتقاضه بالناقص عن السنتين المجمع على ذكر التقسيط فيه، و بإجراء المده التى جعل لها قسطا لو تلف فى أثنائها- أنه مجرد اعتبار لا يصلح معارضا للأدله الشرعيه.

نعم لا بأس بذكر ذلك مع التفاوت و بدونه لكونه حينئذ من الشرط الذى لا خلاف فى جوازه، فلو تلفت العين فى أثناء المده كانت أجره ما مضى بحسب ما شرط، و لو كان التلف فى أثنائها قسط المسمى لها على أجزائها كما لو لم يذكر تقسيطا فى العقد، و كيفيه التقسيط ما سمعته سابقا و الله أعلم.

و يجوز استيجار الأرض لتعمل مسجدا و غيره من الأفعال الراجحه بلا خلاف أجده فيه، بل عن كشف الحق نسبته إلى الإماميه، لأن ذلك غرض مقصود محلل متقوم، فيشمله إطلاق الإجاره خلافا للمحكى عن أبى حنيفه من عدم الجواز، لأن فعل الصلاه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجاره بحال، فلا تجوز الإجاره لذلك، و هو كما ترى غلط واضح، ضروره الفرق بين الاستيجار على الصلاه و بين استيجار المكان أو اللباس للصلاه فيه.

نعم فى جامع المقاصد و المسالك «لا يثبت لها حرمه المسجد، لأنه اسم للعين الموقوفه» مؤيدا لذلك، و إطلاقه على الفرض مجاز باعتبار إعدادها لما أعد له المسجد، كإطلاقه على ما يقتطعه الإنسان من داره مسجدا له و لعياله، لكن عن الأردبيلى منع كون المسجد اسما لذلك، بل هو للأعم منه و من المقام، خصوصا فى المده الطويله كالمائه سنه و نحوها، و ربما يؤيد بإطلاق المعظم هنا اسم المسجد عليه، و الأصل فيه الحقيقه.

و فيه إن من المعلوم كون غرض الأصحاب فى المقام الرد على أبى حنيفه المانع من استيجار المكان للصلاه فيه، فمرادهم من المسجد هنا كونه محلا للسجود،

نحو إطلاقهم فی مکان المصلی أنه یستحب اتخاذ مسجد فی الدار، و مرادهم إعداد مکان مخصوص للصلاه کما تقدم تحقیق ذلک فی محله و الله العالم.

و یجوز استیجار الدراهم و الدنانیر إن تحققت لهما منفعه حکمیه مع بقاء عینهما و إن کانت نادره و لم یعد إلها غالبا کالزینه، و دفع المرء مظنه الفقر عن نفسه، و الضرب علی سکتها و الوزن بها و نحو ذلک، وفاقا للمحکی عن الشیخ و الفاضل و الشهیدین و غیرهم.

بل عن مجمع البرهان أنه لا شک فیه لو حصل نفع مقصود محلل لإطلاق أدله الإجاره، و عدم السفه فی ذلک بعد فرض تحقق المنفعه المزبوره.

و لیس قول المصنف «إن تحققت» إلی آخره ترددا منه فی إجارتهما، بل للتردد فی تحقق منفعه لهما کذلک، بل المقصود جواز إجارتهما لهذه المنفعه عند تحققها، و إلا کانت المعامله سفهیه نحو ما سمعته سابقا فی بیع مالا منفعه له غالبا، لقلته أو لغیرها، من أنه یجوز إذا تحققت و إن کانت نادره، فحبه الحنطه یجوز بیعها مع الحاجه إلیها لفخ و نحوه، و کذا غیرها، لکن عن الضابط المزبور الذی به تخرج المعامله عن کونها سفهیه، و هو المدار هنا و هناک علی الأصح.

و احتمال عدم الجواز حتی مع تحقق المنفعه للشک فی تناول مثل ذلک فی غیر محله، کاحتمال عدم جواز إجارتهما لعدم صحه وقفهما، و عدم ضمان منفعتهما لو غصبا.

و فیه أولا: منع الملازمه، فإن الحر و أم الولد یجوز إجارتهما، و لا یجوز وقفهما.

و ثانیا: منع عدم جواز وقفهما للمنافع المزبوره، و کذا یمنع عدم ضمان الغاصب بعد إجارتهما و مقابلتهما بالمال، کمنافع الحر المستأجر أجیرا خاصا، أما مع عدم مقابلتهما بمال فلعله لا ضمان لعدم تحقق المنفعه حینئذ التی تعد مالا عرفا، کمنفعه الحر التی هی کذلک، و لا یقدح ذلک فی جواز الإجاره بعد

التحقق.

و من ذلک کله یعرف جواز استیجار التفاح و غیره للشم و غیره، کالطعام لتزیین المجلس، و الشجره لنشر الثیاب علیها، و ربط الدابه بها و الاستظلال بظلها و نحو ذلک، و إن لم تکن معده لذلک، و لا تستأجر غالبا له، کما أن منه یعرف ما فی کلام جماعه من أصحابنا و الله هو العالم.

[تفریع لو استأجره لحمل عشره أقفزه من صبره فاعتبرها ثم حملها فکانت أکثر فإن کان المعتبر هو المستأجر لزمه أجره المثل عن الزیاده]

تفریع لو استأجره لحمل عشره أقفزه من صبره مثلا فاعتبرها معتبر ثم حملها فکانت أکثر کثره معتدا بها لا یسیره نحو ما یتفاوت به الموازین فإن کان المعتبر و المحمل عامدا هو المستأجر من غیر علم من الموجر لزمه أجره المثل عن الزیاده، و ضمن الدابه إن تلفت لتحقق العدوان الموجب لذلک کما صرح بذلک کله الفاضل و الکرکی و الشیخ فی المحکی عن مبسوطه، بل قال الثانی منهم «أنه لا بحث فیه» و لعله کذلک.

نعم فی إرشاد الأول منهم «أنه یضمن نصف الدابه، و کأنه لاستناد التلف إلی فعلین، أحدهما مأذون فیه و هو غیر مضمون، و الآخر غیره، و لا ینظر إلی التفاوت بعد نسبه التلف إلی المجموع، کمن جرح نفسه جراحات، و جرحه آخر جراحه واحده فسری الجمیع، فإنه یضمن نصف الدابه».

و فیه: أنه مخالف لظاهر الفتاوی و معقد المحکی من إجماع الخلاف و الغنیه و التحریر و التذکره، بل فی الأول نسبته إلی الأخبار أیضا.

و لعله أشار إلی خبر أبی ولاد(۱)و خبر الصیقل (۲)و خبر الحلبی (۳)و خبر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۲۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۴.

عمرو بن خالد(۱)المشتمله على ضمان الدابه بتجاوز المكان المشترط، بناء على عدم الفرق بين أسباب التعدى، و على ظهور ضمان الدابه فى مجموعها، بل فى خبر أبى ولاد منها التصريح بلزوم قيمه البغل.

و منه يظهر ما فى المسالك «من احتمال التوزيع على الأصل و الزياده، فيضمن قسط الزياده، لأن التلف مستند إلى الجمله فلا ترجيح، و لاستلزام التنصيف مساواه الزائد للناقص، و هو محال، و التوزيع على المحمول ممكن بخلاف الجراحات» ضروره مخالفته لما عرفت أيضا على أن التلف قد استند إلى الجمع الذى هو غير مأذون فيه أصلا.

و من هنا استوجبه الأردبيلى فيما حكى عنه ضمان أجره المثل للمجموع لا- للزياده خاصه، لأن المسمى إنما كان على العشره مثلا على أن يكون معها غيرها، فإذا كان صارت غير المستأجر عليها فيستحق أجره المثل على المجموع، قال: «و إنها ربما تكون أجره الماءه رطل مجتمعه أضعاف أجره الخمسين وحدها، و استوضح ذلك فى أجره الحبه وحدها و الجفنه كذلك، فإنه لا أجره لكل حبه حبه فى

التغار، و لجميع الحبوب أجره كثيره، ثم حمل خبر أبى ولاد و كلام الأصحاب على الغالب الأكثر».

و إن كان قد يناقش (أولا) بمخالفته لظاهر بعض النصوص المزبوره، (و ثانيا) بأن مفروض البحث الاستيجار على العشره لا بشرط، فلا تخرج عن استحقاق حملها بضم غيرها بعد صحه العقد الذى لا يترك مقتضاه حينئذ و التفاوت الذى ذكره يتدارك بملاحظه أجره المثل للزياده مجتمعه.

و أغرب من ذلك كله ما عن المقنعه و الغنيه فى نحو المقام من أن عليه أجره الزائد بحساب ما استأجرها، بل عن ثانيهما الإجماع عليه، إذ هو مع مخالفته لقاعده ضمان الغاصب لا دليل عليه، و يمكن حمل كلامهما على غلبه موافقه المسمى لأجره المثل.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۲۱- ۳- ۴.

و على كـل حال فقـد ظهر لك قوه ما فى المتن مع التقييـد الـذى ذكرناه، بل الظاهر ذلك كله لو وقع منه خطا، لعـدم الفرق فى أسباب الضمان بين العمد و الخطاء.

بـل هو كـذلك أيضـا فيمـا لو أمر بالتحميل أجنبيا جاهلا بالحال، بل المؤجر نفسه على غروره، بل يقوى ذلك أيضا فيما لو هيأه للموجر مـدلسا له عليه، بل و إن لم يقصـد التدليس لعدم علمه بالحال إذا فرض وقوع ذلك منه خطأ، لتحقق الغرور بالفعل، نحو تقديم طعام الغير للأكل.

نعم لو لم يكن منه أمر و لا تدليس و لا تهيئه فحمله المؤجر ظنا منه أنه هو المستأجر عليه لم يكن عليه شى ء، للأصل السالم عن المعارض.

هـذا كله مع جهل الموجر بالحال، أما مع علمه فقـد أطلق الفاضل و الكركى عدم ضـمان الدابه بتفريط الموجر بحمل الزياده مع علمه بها بل عن التحرير و التذكره التردد فى لزوم الأجره للزياده لذلك و إن كان فى محله مع فرض كون المحمل المسـتأجر أو الأـمر، بل لعل إخباره بالكيل كـذبا و تهيئته للتحميل كـذلك أيضا و إن علم الموجر بكـذبه و حمله هو، لأن ذلك بمنزله الاذن فى حمله، بل هو شبه المعاطاه فلا يكون الموجر متبرعا، و السكوت مع العلم ليس برضى فى جميع ذلك كما هو واضح.

فما فى المسالك «فيما لو كان الموجر عالما بالزياده إن لم يقل المسـتأجر شيئا و باشر الموجر التحميل فلا شى ء على المستأجر، و لا فرق بين أن يضـعه المسـتأجر على الأرض فيحمله الموجر على الـدابه و بين أن يضـعه على ظهرها فيسدها الموجر، و إن أثم المستأجر فى الثانى مع احتمال الفرق»- لا يخلو من نظر.

و كـذا ما فى جامع المقاصـد من عـدم الأجره له لتبرعه بحملها فيتجه أن يجب عليه ردها، و إن قال: مع احتمال لزوم الأجره لأنه كالمعاطاه فى الإجاره، و لو أجبره بالزياده، و قال احملها فأجابه الموجر لزمه الأجره ما لم يظهر إراده المجانيه من الأمر.

و إن كان قد اعتبرها الموجر و حملها هو أو أمر غير المستأجر بالتحميل

لم يضـمن المسـتأجر أجره و لا قيمه للأصل السالم عن المعارض من غير فرق، بين الخطاء و العمد، و بين علم المستأجر و جهله، بـل لو أمره نفسه فحملهـا جاهلاـ لم يكن عليه شـى ء، بـل لعله كـذلك لو كـان قـد هيأه للتحميل المغرور بفعل الموجر كما عن التذكره أنه قواه، لكنه تردد فيه فى المسالك.

نعم لو كان عالما فحملها من دون أمر لزمته الأجره قطعا، كما فى جامع المقاصد، و إن كان الموجر عالما، بل لعله كذلك أيضـا إذا كـان جاهلاـ و لم يصـدر من الموجر ما يقتضـى الغرور، أما لو أمره المؤجر بالحمل مع علمه أى المسـتأجر بالزياده ففى لزوم الأجره نظر، كما فى جامع المقاصد.

و كيف كـان فيجب رد الزيـاده حيث لاـ يكون إذن من صاحبهـا إليه، بل إلى بلـد الأجره بل فى المسالك لو لم يعلم المسـتأجر حتى أعادهـا الموجر إلى البلـد المنقول منه، فله أن يطـالبه بردهـا إلى المنقول إليه، و فيه أنه لاـ دليل على وجوب ذلك، بل لعل مقتضـى إطلاق الأدله خلافه، بل لعله كـذلك بالنسـبه إلى بلد الأجره، فلا يجب حينئذ عليه إلا الرد للمالك فى أى مكان أو أى زمان، و كذا كل حق هو كذلك فتأمل جيدا.

و لو كان المعتبر و المحمل أجنبيا من غير علمهما و من غير إذنهما، فهو متعـد عليهما، يضـمن الدابه لصاحبها، و الطعام لمالكه و لزمته أجره الزيـاده للموجر و فى ردهـا ما عرفت، من غير فرق فى ذلك بين عمـده و خطأه، و لو تولى الحمل بعـد كيل الأجنبى أحد المتعاقدين، فإن كان عالما فهو كما لو كان بنفسه، و إن كان جاهلا و قد أخبره الأجنبى كاذبا، فهو كما لو تولاه الأجنبى، و إلا فإن عددنا الكيل و الأعداد للحمل غرورا ضمن، و إلا فلا.

و فى المحكى عن مجمع البرهـان و لو كـان بإذنهما من دون علمهما بالمقـدار فهناك احتمالان (أحـدهما) أن الحكم كـذلك، (الثانى) أن الضمان على الآذن فإن كان منهما فثلاثه احتمالات، أحدها: أن الحال فى ذلك كما إذا كانا

معا هما المعتبرين، الثانى: أنه كاعتبار صاحب الدابه، للأصل، الثالث: أنه كاعتبار صاحب الحمل.

قلت: لا مدخليه للإذن فى الضمان، ضروره كونها بالمقدار الخاص، فالزياده لا إذن فيها، فإذا حملها بنفسه أو بغروره توجه عليه الضمان.

نعم لو حمله العالم منهما لم يكن عليه شى ء، لعدم مباشرته و عدم غروره كما هو واضح، و لو اعتبرا معا و حملا- كذلك جاهلين بالزياده ففى ضمان الدابه و أجره المثل نظر، و لو كانا عالمين فلا ضمان للدابه، و فى ضمان أجره الزياده وجه و لو كان المحمل أحدهما فإن كان المستأجر فالظاهر مساواه حكمه لما إذا كان هو المعتبر مع ذلك، و إن كان صاحب الدابه لم يكن له شى ء.

و من ذلك كله ظهر لك الحال فى جميع الصور التى تتصور فى المقام، و إن ذكرنا المهم منها كظهور كون البحث فى ضمان الدابه أو نصفها أو التوزيع الذى قد تقدم سابقا إذا كان التلف بالتحميل، لا ما إذا كان بغيره، و كانت أمانه فى يد المستأجر، فإنه لا إشكال فى ضمانه الجميع من حيث التعدى فى الأمانه، كما أن الأقوى ذلك أيضا فى الأول، لما عرفت من استناد التلف إلى الضم الذى هو فعل المستأجر عدوانا، و الله هو العالم.

[الشرط الخامس أن تكون المنفعه مباحه]

الشرط الخامس أن تكون المنفعه مباحه فلو آجره مسكنا ليحرز فيه خمرا أو دكانا ليبيع فيه آله محرمه أو أجيرا ليحمل له مسكرا أو جاريه للغناء أو كاتبا ليكتب له كفرا و نحوه لم تنعقد الإجاره، و ربما قيل بالتحريم و انعقاد الإجاره، لإمكان الانتفاع فى غير المحرم، و الأول أشبه، لأن ذلك لم يتناوله العقد كما تقدم الكلام فى ذلك كله فى باب

المکاسب، فلاحظ و تأمل.

و کیف کـان ف هـل یجوز استیجـار الحائـط المزوق للتنزه قیـل: و القائـل ابن إدریس نعم و اختـاره فی التنقیـح و استحسـنه فی المسالـک و فیـه تردد کمـا فی القواعـد بـل منعـه فی محکی الخلاـف و المبسـوط للسـفه، و لأنهـا منفعـه لیس للمالـک منعهـا، کالاستظلال بالحائط و الحق الجواز مع عدم السفه، و کان کإجاره الکتاب الذی فیه خط جید للتعلم منه.

[الشرط السادس أن تکون المنفعه مقدورا علی تسلیمها]

الشـرط السادس أن تکون المنفعه مقدورا علی تسلیمها فلو آجر عبدا آبقا لم تصح للسفه و لو ضم إلیه شی ء لحرمه القیاس علی البیع عندنا و لکن فیه تردد من ذلک، و من أولویه الإجاره من البیع، لاحتمالها من الغرر مالا یحتمله البیع، و قد أشبعنا الکلام فی البیع علی وجه یستفاد منه تفصیل المسأله هنا، فلاحظ و تأمل.

و لو اسـتأجر شـیئا ف منعه الموجر من تسلم ه (۱۱) أصـلا و استیفاء منفعته أجمع، و لم یتمکن من جبره علی أخـذ العین منه، أو تمکن و لم یفعل سـقطت الأجره (۱۲) عنـد الشـیخ، و فیما حکی عن التذکره لانفساخ العقد قهرا، تنزیلا لذلک منزله التلف قبل القبض، المقتضی للانفساخ فی البیع، و فی المقام، لتعذر تحقق المعاوضه حینئذ.

و فیه أن الأصل عدم الانفساخ، و إنما خرجنا عنه فی التلف السماوی بالنص، فیبقی غیره علی الأصل.

و من هنـا قال فی المسالک تبعا لجامع المقاصـد الظاهر أن سـقوطها مشـروط بالفسـخ، لتعـذر حصول العین المطلوبه، فإذا فسـخ سقط المسمی إن لم یکن دفعه، و إلا استرجعه»

ج ۲۷، ص: ۳۰۹

و بهذا صرح فى القواعد.

و إليه أشار المصنف بقوله و هل له أن يلتزم و يطالب المؤجر بالتفاوت فيه تردد مما عرفت، و الأظهر نعم.

بـل إن لم يكن إجماعـا أمكن القول بلزوم ذلـك عليه، لأصاله اللزوم و ليس له إلا المنفعه التى قـد فوتها عليه المالك الغاصب، فله قيمتهـا، كمـا أن للموجر المسـمى، إلاـ أنه لما كانت الإجاره من عقود المعاوضه التى تقتضـى عوضـيه ملك بملك، و قبضـا بقبض، إلا أن الثانى منهما لما كان غير معتبر فى الصـحه يجبر الشارع من فاته منهما بالخيار ما لم تكن تلفا سماويا كما لا يخفى على من اعتبر ذلك فى جميع عقود المعاوضه.

و لعـل منه ما لو أتلف المالك المبيع على المشترى قبل قبضه، فإن المشترى حينئـذ بالخيار بين الفسـخ و بين الإمضاء، و المطالبه بالمثل أو القيمه، و ذلك لأنه اجتمع فيه أمران أحدهما تعذر تسـليم العوض، و الآخر مباشـره إتلاف مال الغير، فيتخير فى الفسخ نظرا إلى الأمر الأول، و المطالبه بالقيمه أعنى أجره المثل نظرا إلى الأمر الثانى، و لو منعه بعـد استيفاء بعض المنفعه، فعن التذكره الخيار أيضا لكن لا يخلو من نظر، لأصاله اللزوم، و الفرض حصول قبض المعاوضه.

اللهم إلا أن يقال: إنه لما كان استيفاء المنفعه تـدريجيا كان قبضـها كذلك لأن حصوله باستيفائها، فمنعه فى الأثناء حينئذ مفوت لقبض المعاوضه فى البعض المراد منه و المخاطب به، فيتسلط حينئذ على الخيار، لما عرفت، و بذلك يظهر الفرق بين هذه و بين المسأله الآتيه، و هى منع الظالم فى الأثناء.

و كيف كان ف لو منعه ظالم عن الانتفاع بالعين، بأن غصبها منه قبل القبض كان بالخيار بين الفسخ و المطالبه بالمسمى إن كان قـد دفعه، و بين الاـلتزام و الرجوع على الظالم بأجره المثل عوض ما اسـتوفاه من المنفعه التى هى من أمواله، لما عرفت من فوات القبض الذى هو مقتضى المعاوضه.

و ظاهر المصنف و غيره اختصاص رجوعه بعد الالتزام بالظالم دون الموجر، و هو

كذلك، لأصاله البراءه، و إن احتمله بعضهم لكون العين فى يده مضمونه عليه، حتى يتحقق القبض.

لكن فيه أن المسلم من ضمانه وجوب المسمى عليه بالانفساخ أو الفسخ، لا ضمان قيمه العين بتلف العين، و هو واضح، كما أن الظاهر أيضا عدم سقوط الخيار المزبور بعود العين للمستأجر فى أثناء المده، للأصل و التضرر بالتبعيض.

نعم ليس له الفسخ فيما مضى من المده خاصه، و الرجوع بقسطه من المسمى على الموجر، و استيفاء الباقى من المنفعه. لعدم جواز التبعيض فى العقد كما هو واضح و إن تردد فيه فى القواعد، و احتمله فى المسالك، إلا أنه بمكانه من الضعف.

و لو كان بعد القبض فى ابتداء المده أو فى أثنائها لم تبطل الإجاره قطعا، بل ليس له الفسخ لأصاله اللزوم، و الفرض أنه كان تمام القبض من المالك و إنما له الرجوع على الظالم بأجره المثل، بل فى المسالك تبعا لجامع المقاصد أن الظالم لو كان هو الموجر فالحكم كذلك أيضا، لكن قد سمعت ما حكيناه عن التذكره و توجيهه و الله العالم.

و إذا انهدم المسكن مثلا و فات أصل الانتفاع و لم يمكن إعادته انفسخت الإجاره، لتعذر المستأجر عليه، فله من المسمى حينئذ بنسبه ما فات من المنفعه، و إن لم يفت أصل الانتفاع و أمكن إزالته كان للمستأجر فسخ الإجاره مع فوات بعض المنفعه للتعيب بالتبعيض، إلا أن يعيده صاحبه و يمكنه منه بسرعه على وجه لم يفت الانتفاع، بل كان موصولا بعضه ببعض، لعدم التضرر حينئذ، فيبقى أصل اللزوم بحاله.

و لكن مع هذا فيه تردد ينشأ من ذلك، و من ثبوت الخيار بالانهدام فيستصحب، بل اختاره فى جامع المقاصد، و قواه فى المسالك، و إن كان قد يناقش فيه بمنع ما يدل على ثبوته بالانهدام من حيث كونه انهداما، و إن لم يفت

به شى ء من المنفعه على وجه تنقطع به أصاله اللزوم، اللهم إلا أن يستبعد الفرض، و (۱۱) هو

خروج عن محل البحث.

نعم لو تمادی المؤجر فی إعادته علی وجه قد فات بعض المنفعه، فالخیار باق، و إن أعاده کما سمعت، ف ان فسخ المستأجر حینئذ رجع بنسبه ما تخلف من الأجره إن کان سلم إلیه الأجره و إلا دفع إلیه منها ما قابل ما استوفاه منها، بلا خلاف و لا إشکال فی ذلک، و الله العالم.

و کیف کان فلا یخرج بالشرط المزبور الاستیجار للسنه القابله، و خصوصا إذا کانت متصله بالسنه التی هی للمستأجر، خلافا للمحکی عن الشیخ و أبی الصلاح فلا یصح لعدم الدلیل، و تعذر التسلیم، و فیه: أن الدلیل عموم (۱)«أَوْفُوا» و غیره، و التسلیم واجب زمان الإجاره.

نعم لا فرق فی تعذر التسلیم المانع من صحه الإجاره بین العقلی و الشرعی، فلو استأجر لقلع ضرس صحیح أو قطع ید صحیحه، أو جنبا أو حائضا بخصوصهما لکنس المسجد فی زمان حدثهما لم تصح.

أما لو کانت السن وجعه أو الید متأکله علی وجه یستحسنه العقلاء صحت، فان زال الألم قبل القلع انفسخت الإجاره و کذا لا یخرج به اجاره

الزوجه نفسها من دون إذن الزوج باعتبار استحقاقه منافعها، ضروره أنه لیس له إلا استحقاق الاستمتاع، فتصح إجارتها فیما لا یعارضه، و أما فیه فهو موقوف علی إذنه.

بل فی جامع المقاصد انفساخها لو فرض إجارتها بدون إذنه فی زمان مخصوص مطمئن فیه بعدم الاستمتاع فاتفق إراده الزوج فیها ذلک علی خلاف العاده، تقدیما لحقه علی حق المستأجر، و لو کانت الإجاره علی عمل فی الذمه کخیاطه ثوب أو حمل متاع فغصب العبد الخیاط و الدابه الحامله من الموجر قبل قبض المستأجر فله مطالبه المالک، لعدم ما یقتضی تعیین حقه بذلک.

نعم إن تعذر البدل ففی القواعد «تخیر بین الفسخ، و الإمضاء و الصبر إلی

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

التمکن» و تبعه فی جامع المقاصد و لا یخلو من بحث، و کذا ما فیهما أیضا من أنه لو کان الغصب بعد القبض طالب المستأجر بأجره المثل خاصه، و إن کان فی ابتداء المده فلا خیار له، لأن الغصب بعد قبض العین، و استقرار العقد، و براءه المؤجر، و لو حدث خوف منع المستأجر من الاستیفاء و الموجر من التغریر بماله، تخیرا، بل احتمل بعضهم الانفساخ.

و لو اختص الخوف بالمستأجر تخیر أیضا أو انفسخ العقد إذا کان المراد استیفاؤه بنفسه، و إلا فلا خیار لإمکانه إجارتها، و لعله المراد للفاضل فی محکی تحریره، و لا ینفسخ بالعذر، فلو اکتری جملا للحج ثم بدا له أو مرض و لم یخرج لم یکن له فسخ الإجاره.

و لذا حکی عن الشهید فی الحواشی المنسوبه إلیه علیه تقییده بالمرض الذی یتمکن من الخروج معه، قال: «أما لو لم یمکنه الخروج أصلا، و لم یجز له إجارته لغیره کان یشترط علیه استیفاء المنفعه بنفسه، فإنه یقوی الفسخ».

لکن فی جامع المقاصد «عندی فیه شی ء لأن تعذر الاستیفاء إذا اختص بالمستأجر و لم یکن من قبل الموجر مانع ففی إسقاطه حق الموجر و تسلیطه المستأجر علی الفسخ أو الحکم بالانفساخ إضرار بالمؤجر لمصلحه المستأجر».

و فیه: أنه مثل الأجیر علی قلع ضرس فسکن ألمه ضروره اشتراکهما فی منع المستأجر من الفعل و إن بذل الموجر له باعتبار کونه معاونه علی الإثم و العدوان فتأمل جیدا و الله العالم.

و لو استأجر دارا للسکنی مثلا فحدث خوف عام یمنع من الإقامه بذلک البلد تخیر فی الأقوی، و فی القواعد نظر، و لعله فرق بین هذه المسأله و السابقه أن الخوف فی تلک علی المستأجر و الدابه بخلافه هنا، فإنه علی المستأجر دون الدار و لذا نظر فی هذه، و قرب الخیار فی الأولی، إلا أن الظاهر ثبوت الخیار فی المقامین لقاعده لا ضرر بعد عموم العذر شرعا عن الاستیفاء، بل ربما احتمل الانفساخ قهرا.

نعم لو اختص الخوف بالمستأجر لم يكن له خيار إلا- مع اشتراط الاستيفاء بنفسه فإنه يأتى فيه أيضا الخيار أو الانفساخ، و لو استأجره لصيد شى ء بعينه ففى القواعد لم يصح، لعدم الثقه بحصوله أى فلا تكون المنفعه مقدورا على تسليمها بحسب الغالب، و قد تقدم لنا فى كتاب البيع عند البحث على اشتراط القدره على التسليم فيه ما يستفاد منه حكم ذلك و غيره فلاحظ و تأمل و الله العالم.

[الفصل الثالث فى أحكامها و فيه مسائل]

اشاره

الفصل الثالث فى أحكامها و فيه مسائل:

[المسأله الأولى إذا وجد المستأجر بالعين المستأجره عيبا كان له الفسخ]

الأولى: إذا وجد المستأجر بالعين المستأجره بالخصوص عيبا سابقا لم يعلمه كان له الفسخ كما عن المبسوط و غيره بل عن ظاهر الغنيه الإجماع عليه و عن التذكره لا- نعلم فيه خلافا إذا كان سابقا يوجب نقصا تتفاوت به الأجره و حكى فيها عن ابن المنذر نفى الخلاف فيه أيضا، بل أكثر من الأمثله لذلك و ظاهر بعضها تجدد العيب فضلا عن سابقه، لكن تقييدهما بالمنقص مناف لإطلاق جماعه و صريح آخرين كما أنه صرح غير واحد بل لا أجد فيه خلافا بينهم.

بل لعله معقد نفى خلاف التذكره و ابن المنذر بقرينه ما ذكراه من الأمثله عدم الفرق فى ثبوت الخيار المزبور بين استيفاء بعض المنفعه و عدمه، و يكون حينئذ كخيار الغبن فى عدم السقوط بالتصرف، و بذلك يفترق عن خيار العيب فى البيع الذى يتعين الأرش به، بل صريح قول المصنف كغيره أو الرضا بالأجره من غير نقصان عدم الأرش هنا أصلا.

نعم فى اللمعه «و فى الأرش نظر» و فى جامع المقاصد تاره ينبغى أن يكون هذا حيث لا- يكون العيب منقصا للمنفعه، فإنه مع ذهاب بعض العين يجب التقسيط قطعا مع الخيار، و أخرى الأصح وجوب الأرش و ثالثه لا أستبعد ثبوت الأرش كثيرا،

و استوجهه فى المسالك، و استحسنه فى الروضه.

و كأن الوجه فى ما ذكره الأصحاب أن العقد إنما جرى على هذا المجموع و هو باق، فإما أن يفسخ أو يرضى بالجميع، و ثبوت الأرش فى البيع للنص فلا تقاس عليه الإجاره، و الضرر مندفع بالخيار الذى هو المعتاد فى جبر الضرر الناشى من لزوم العقد، و بذلك ظهر أن الثابت الخيار خاصه فى الفرض.

و لو كان العيب مما يفوت به بعض المنفعه بمعنى إذا لم يفت به شى ء أو فات به البعض كما فى المسالك قال: «لا ما إذا كان يفوت به الجميع، لأن ذلك يبطل العقد».

قلت: يمكن أن يريد المصنف بفوات البعض فوات كمالها كالدابه العرجاء أو المجموح أو نحو ذلك مما يكون فيه أصل الانتفاع موجودا، الا أنه ليس على الوجه المراد للمستأجر، لا أن المراد فوات بعض المنفعه أصلا كدار وجد بعض بيوتها خرابا فإن المتجه فى ذلك التقسيط لو اختار اللزوم لأنه من قبيل تبعض الصفقه، و ليس مما نحن فيه من وجدان العيب فى العين المستأجره المنصرف إلى ما ذكرنا دون ذلك، و إن أطلق عليه اسم العيب توسعا.

و لعل هذا هو الذى قطع به المحقق الثانى فيما عرفت، كما أن الفرد الآخر محل للنظر فى ثبوت الأرش من جهته، و قد عرفت أن مقتضى أصول المذهب و قواعده ثبوت الخيار له من دون أرش بعد حرمه القياس عندنا، و كون ذلك عند التأمل من فوات الوصف الذى لا يوزع الثمن عليه فى البيع، و إن تفاوت قله و كثره بالنسبه إليه.

نعم يبقى الإشكال فى ثبوت الخيار بالعيب فى العين، و إن لم يكن مفوتا لشى ء من كمال المنفعه، و لا فيه نقص على المستأجر باستيفاء المنفعه، كالدابه البتراء أو الجدعاء أو نحو ذلك.

و دعوى أن الصبر على مطلق العيب فى العين المستأجره ضرر لا دليل عليها،

کـدعوی أن مورد العقـد العین لاستیفـاء المنفعه، فتنصـرف إلی الصـحیحه کـالبیع، و لعله إلی هـذا أومأ الفاضل فی التـذکره فی التقیید المزبور، کما أن غیره من الأصـحاب نظر إلی ما ذکرنا من العیب الذی لا یکون به تفویت لکمال المنفعه، إلا أن فیه نقصا علی المستأجر باستیفاء المنفعه منه، أما إذا لم یکن کذلک، فلعله غیر مراد للجمیع، و یبقی علی أصاله اللزوم.

اللهم إلا أن یـدعی انصـراف عقـد الإجاره إلی العین الصـحیحه کالبیع، و فیه منع، و حینئذ یتجه فیه الخیار خاصه من دون أرش، ضروره عدم النقص فی منفعته و هو انما یتوجه فیما إذا تفاوتت اجاره العین سـلیمه و معیبه، فإن نسبه ذلک التفاوت من المسمی هو الأرش.

و من التأمل فیما ذکرنا بان لک الوجه فی جمیع أطراف المسأله حتی ثبوت الخیار مع استیفاء بعض المنفعه، لما عرفت من عـدم الأرش له أصـلا، فإلزامه بالعین المفروض عیبها ضـرر، علی أن المنفعه حصولها تدریجی، فما بقی منها لم یتصرف فیه بشی ء، و منه ینقـدح الوجه فیما حکی عن التـذکره من ثبوت الخیار أیضا فی العیب المتجدد بعد العقد أیضا، لکونه حینئذ عیبا سابقا علی القبض، و لیس قبضه للعین قبضا لها بالنسبه إلی ذلک کما هو واضح.

فـإذا فسخ بعـد استیفـاء البعض ثبت علیه من المسـمی بالنسـبه، لأن الفسـخ فی الحقیقه لما بقی و لـذا لم یکن له فسـخ لو فرض استیفاء الجمیع و احتمال أن له الفسخ فیما مضی فیثبت حینئذ للموجر أجره المثل واضح الضعف.

و علی کـل حـال فلو فسـخ بالعیب و قـد کان الموجر قـد باع العین فالمنفعه للبائع لعـدم اسـتحقاق المشتری إیاها بعـد أن شـراها مسلوبه المنفعه المخصوصه و بذلک انقطعت تبعیتها للعین فیستصحب و الله العالم.

هذا کله إذا کانت العین المستأجره مشخصه، أما إذا کانت مطلقه لم ینفسخ العقد

و كان على المؤجر الإبدال.

نعم لو تعذر أو امتنع و لم يمكن إجباره تخير لقاعده الضرر، و قد تقدم فى كتاب السلم ما له نفع فى المقام فلاحظ و تأمل و الله العالم.

[المسأله الثانيه إذا تعدى فى العين المستأجره و إن كانت أمانه فى يده ضمن قيمتها وقت العدوان]

المسأله الثانيه: إذا تعدى فى العين المستأجره و إن كانت أمانه فى يده ضمن قيمتها وقت العدوان و إن تلفت بغيره، كما فى كل أمانه تعدى فيها بلا خلاف و لا إشكال نصا و فتوى، بل الإجماع بقسميه عليه، لكن على معنى دخولها فى ضمانه من ذلك الوقت إلى حين التلف فى يده، فيضمن قيمتها وقته على الأقوى، و قيل: أعلى القيم، و قيل غير ذلك، لأن المراد ضمان قيمتها حينه، و إن تلفت بعد ذلك، و اختلفت قيمتها زياده أو نقصا كما هو ظاهر المصنف و القواعد و محكى التحرير و الإيضاح و جامع الشرائع.

و لعله لما

فى صحيح أبى ولاد(۱)«فقلت: أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أو ليس كان يلزمنى؟ قال: نعم قيمه البغل يوم خالفته» لكن فيه بعد ذلك

«قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر؟ قال: عليك قيمه ما بين الصحيح و المعيب يوم ترده».

و التحقيق ما عرفت بل لم أجد ذلك قولا لأحد فى غير المقام، و ربما كان فيه ضرر على المالك إذا فرض علو قيمتها يوم التلف عن يوم العدوان، و قد تقدم تحقيق المسأله و يأتى إنشاء الله تعالى.

و على كل حال فظاهر قوله قيمتها تمامها و إن كان التعدى بزياده تحميلها على المشروط، خلافا لما عن الشافعى من أنه إن كان المالك معها ضمن النصف و إلا ضمن الكل أو التوزيع على مجموع الفراسخ، بان كان التعدى بتجاوز المسافه و يعطى العدوان بالقسط.

بل فى القواعد و لو استأجر الدابه لحمل قفيز فزاد فهو غاصب ضامن للجميع و لو سلم إلى المؤجر، و قال: إنه قفيز و كذب فتلفت بالحمل ضمن النصف، و يحتمل

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱.

بالنسبه، إلاـ أنه كما ترى مناف لإطلاق الضمان في النص و الفتوى، فلا يقاس على ما ذكر في القصاص و الديات من أنه لو جرحه زيد و عضه الأسد مثلا فسريا ضمن الجارح النصف، و كما لو جرحه واحد عمدا و آخر باستيفاء قصاص مثلا فسريا على أن يكون الجامع بينهما، إذا التلف في مسأله التحميل مثلا قد استند أيضا إلى ما هو بحق، و هو القدر المشروط، و إلى غيره و هو الزائد.

الا أنه اجتهاد في مقابله النص و الإجماع، بل و القواعد عند التأمل، خصوصا بعد إمكان دعوى عدم الاذن في القدر المشروط حال انضمامه إلى ما صار به التلف من الزائد، و إن كان فيه ما عرفته سابقا.

نعم يكفى في الضمان كون الضم من فعل المستأجر فهو في الحقيقه كمن حمل دابه الغير زياده على ما حملها مالكها قهرا فتلفت بمجموع ما كانت من المالك و الظالم، فتأمل جيدا. فإنه قد مر في المباحث السابقه ما يعلم منه الحال هنا في ذلك و في غيره، بل و في أصل المسأله التي يأتي الكلام فيها أيضا في كتاب الغصب، و الله العالم.

و كيف كان ف لو اختلفا في القيمه كان القول قول المالك، إن كانت العين المستأجره دابه و قيل: القول قول المستأجر على كل حال من غير فرق بين الدابه و غيرها و هو أشبه بأصول المذهب و قواعده التي منها أصل البراءه و غيره، و بها يكون المستأجر المنكر، بل لم يحضرني القائل بالأول، و إن حكى عن الشيخ لكن لم أتحققه.

نعم عن الشيخ في النهايه بل و غيره أن القول قول المالك في مطلق المغصوب من غير فرق بين الدابه و غيرها، و وضوح ضعفه على كل تقدير يغنى عن البحث عن قائله. و الله العالم.

[المسأله الثالثه من تقبل عملا لم يجز أن يقبله غيره بنقيصه]

المسأله الثالثه: من تقبل عملا في ذمته من غير اشتراط المباشره لم يجز أن يقبله غيره بنقيصه كما عن النهايه و السرائر و الإرشاد و التحرير بل في

المتن على الأشهر بل في المسالک المشهور إلا أن يحدث فيه ما يستبيح به الفضل.

ف

في صحيح أبي حمزه(۱)«عن أبي جعفر عليه السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه إلى آخر فيربح فيه قال: لا».

و في صحيح محمد بن مسلم (۲)«عن أحدهما عليهما السلام أنه سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه، و يدفعه إلى آخر فيربح فيه قال: لا إلا أن يكون قد عمل فيه شيئا».

و في خبره الآخر(۳)عنه أيضا «عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه و يعطيه من يخيطه و يستفضل قال: لا بأس قد عمل»

و نحوه خبر أبي حمزه عن الباقر عليه السلام المروي عن المختلف و غايه المراد.

و

في خبر أبي محمد الخياط(۴)«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتقبل الثياب أخيطها ثم أعطيها

الغلمان بالثلثين قال: أ ليس تعمل فيها، فقلت: أقطعها و أشتري الخيوط، قال: لا بأس»

مؤيدا ذلک کله بما مر سابقا من النصوص (۵)المتضمنه لحرمه فضل الأجير.

و لا ينافي ذلک ما

في خبر على الصائغ (۶)«قلت لأبي عبد الله عليه السلام أتقبل العمل، ثم أقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين، فقال: لا يصلح ذلک إلا أن تعالج معهم فيه، قال: قلت: فإني أذيبه لهم، قال: فقال: ذاک عمل فلا بأس»

لعدم صراحه لا يصلح في الكراهه، بل و لا ظهورها.

كما لا ينافيه

خبر الحکم الخياط(۷)«قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني أتقبل الثوب بدراهم و أسلمه بأقل من ذلک لا أزيد على أن أشقه؟ قال: لا بأس به، ثم

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب أحکام الإجاره الحديث- ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۳- من أبواب أحکام الإجاره الحديث- ۱.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٥.

٤- ۴ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۶.

٥- ۵ الوسائل الباب- ٢٠ من أبواب أحكام الإجاره.

۶- ۶ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٧.

٧- ٧ الوسائل الباب- ٢٣- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٢.

قال: لا بأس فيما تقبلته من عمل قد استفضلت فيه»

بعد كونه مطلقا منزلا على المقيد الذى هو مفروض سؤاله.

و حينئذ فما وقع من ثانى الشهيدين من الجمع بين هذه النصوص بالكراهه لا يخلو من نظر، و إن وافقه على الجواز الفاضل فى القواعد و التذكره و أول الشهيدين و ثانى المحققين و الخراسانى، إلا أن العمده للفاضل فى الجواز أنه روى صحيح أبى حمزه لا بأس، كما عن السرائر روايته كذلك، و إنما الموجود فيما حضرنا من نسخه الوسائل و الوافى ما حكيناه، و فى مفتاح الكرامه ليس له فى التهذيب عين و لا أثر، و الظاهر أنه سهو و غفله، ثم حكى عن التهذيب و مجمع البرهان و الوافى روايته كما ذكرنا.

ثم إن ظاهر النص و الفتوى الإكتفاء بمسمى الحدث و العمل فيه، و حينئذ فلا إشكال فى الجواز. و فى اللمعه لا بحث كما فى الروضه الإجماع عليه، و لم يذكر أحد هنا الجواز باختلاف الجنس.

نعم عن التذكره أنه حكى عن الشيخ عدم الجواز مع اتحاد الجنس إلا أن يعمل فيه شيئا و لم نتحققه لكن قد سلف لنا فى مسأله الأجير و البيت ما يمكن أن يكون وجها لذلك فلاحظ و تأمل. هذا.

و قد ينساق من النص و الفتوى أن محل البحث فى العمل بالعين كخياطه الثوب و صياغه الخاتم و نحوهما، أما العمل الصرف كالصوم و الصلاه و الحج و نحوها فيبقى على أصل الجواز.

اللهم إلا أن يقال: إن ذكر بعض لوازم العمل فى العين لا يقتضى تقييد ذلك به و حينئذ يعتبر فى جواز تقبيله بالأقل عمل شى ء منه.

و كيف كان فحيث يكون العمل فى العين لا يجوز تسليمه إلى غيره إلا بإذن المالك لأنه أمانه فى يده و حينئذ ف لو سلمها من غير إذن فتلفت ضمن للتعدى كما هو واضح.

لكن فى المسالك بعد أن فرض المسأله على تقدير القول بجواز التقبيل قال:

«و الوجه حينئذ أنه مال الغير و لا يصح تسليمه إلى غير من استأمنه عليه، و جواز إجارته لا تنافى، بل يستأذن المالك، فإن امتنع أى المالك رفع الأجير أمره إلى الحاكم، فإن تعذر احتمل جواز التسليم حينئذ لتعارض حق العامل الثانى و حق المالك، فيقدم العامل، وفاء بالعقد و يحتمل تسلطه على الفسخ لا غير، لأن المالك مسلط على ماله يعطيه من شاء، و يمنعه من شاء، و الحال أنه لم يرض بأمانته.

و لو قيل بجواز التسليم مطلقا حيث يجوز التقبيل كان حسنا ل صحيحه على بن جعفر(۱)عليه السلام عن أخيه موسى عليه السلام فى عدم ضمان الدابه المستأجره بالتسليم إلى الغير إذا لم يشترط عليه ركوبها بنفسه.

و إذا كان الضمان ساقطا مع تسليمها لاستيفاء المنفعه لغير المالك، فسقوطه مع كون المنفعه للمالك أولى، و إليه مال فى المختلف، و ابن الجنيد جوز التسليم من غير ضمان مع كون المتسلم مأمونا، و لكن ينبغى

تقييده بكون المدفوع إليه ثقه و إلا فالمنع أوجه».

قلت: قد سلف لنا فى جواز تسليم العين ما يستفاد منه المنع هنا أيضا، و أن جواز التقبيل أعم من ذلك، ضروره إمكان عمل الغير فيه، و هو فى يده و ليس له على المالك الإذن، حتى يرفع أمره إلى الحاكم، كما أنه ليس له الفسخ من هذه الجهه.

و

صحيح على بن جعفر- عن أخيه عليه السلام (۲)الذى هو «سألته عن رجل استأجر دابه، فأعطاها غيره فنفقت ما عليه؟ قال: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسم فليس عليه شى ء»

- لا صراحه فيه بل و لا ظهور فى خروج العين عن يد المستأجر الأول، و إنما المراد، السؤال عن تلفها حال ركوب الغير لها، و إن كانت هى فى يد الأول، و لا ريب فى أن الحكم فيها ما ذكره عليه السلام كما أوضحنا

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱.

ذلک سابقا. و علی کل حال فلا ینبغی الخروج عن قواعد الشریعه بنحو ما ذکره الذی عند التأمل من غرائب الکلام.

[المسأله الرابعه یجب علی المستأجر سقی الدابه و علفها و لو أهمل ضمن]

المسأله الرابعه: یجب علی المستأجر سقی الدابه و علفها و حینئذ لو أهمل ضمن کما فی الإرشاد، و عن الروض و ظاهر النهایه و السرائر، إلا أنه لا یخفی علیک ما فیه إن کان المراد وجوب ذلک علیه من ماله، علی وجه لا یرجع به علی المؤجر، ضروره أنه إن کان المقتضی لذلک عقد الإجاره باعتبار اقتضاء العاده، ففیه منع واضح کوضوحه إذا کان باعتبار وجوب نفقه الدابه علی من ملک منفعتها.

نعم إن کان وجوب ذلک باعتبار کونها ودیعه و أمانه فی یده، و یجب علیه ذلک مقدمه لحفظها مع فرض عدم کون صاحبها معها، ففیه ما تقدم سابقا من أنه علی فرض ذلک، و انحصار الأمر بالنفقه من ماله یرجع به علی الموجر إن کان بأمر الحاکم، أو مع الإشهاد أو بدونه کما عرفت البحث فیه مفصلا، و إن کان قد أخذوا ذلک مما تسمعه فی الأجیر المنفذ فی حوائج المستأجر.

ففیه أن القیاس محرم عندنا بعد تسلیم الحکم فی المقیس علیه، و ستسمع البحث فیه إنشاء الله تعالی، و لعله لذلک و غیره جزم بوجوبها علی المالک فی التذکره و التحریر و المختلف و اللمعه و الحواشی و التنقیح و إیضاح النافع و جامع المقاصد و المسالک و الروضه و مجمع البرهان و الکفایه علی ما حکی عن بعضها.

بل هو المحکی عن ظاهر أبی علی، و الفخر أیضا لأنها تابعه للملک، و الأصل عدم وجوبها علی غیره، بل یمکن حمل عباره المتن علی إراده السقی و العلف البدنی، لا المالی الذی هو واجب علی المالک.

نعم لو لم یکن مالک، و کانت العین أمانه فی یده کان حکمها حکم الودیعه الذی قد سمعت تصریح غیر واحد من الأصحاب به فیجب الإنفاق علیه مع غیبه المالک بإذن الحاکم، و یرجع به، و لو تعذر أشهد، فإن تعذر اقتصر علی نیه الرجوع، و

كان القول قوله فى قدرها كما تقدم فى الوديعه.

لكن لا يخفى ما فيه من الاشكال إن لم يكن إجماع، إذ ليس ذلك من مقتضى عقد الوديعه، و إلا لم يحتج إلى الرجوع إلى الحاكم، كما فى غيره من أنواع حفظ الوديعه، على أنه ليس فى الأدله فضلا عن إطلاق عقد الوديعه ما يقتضى وجوب حفظ الوديعه على وجه يجب بذل المال و لو بنيه الرجوع مقدمه له، و إنما الثابت وجود الحفظ بغير ذلك، و وجوب حفظ النفس أو مال الغير ليس من أحكام الأمانه.

اللهم إلا أن يدعى صدق الخيانه مع عدم ذلك منه، و فيه منع واضح هذا، و قد سبق فى الوديعه ما يستفاد منه البحث فيه هنا، خصوصا مع اشتراطها على الموجر، على أن يكون معها، فقصر و لم يفعل. فلاحظ و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا أفسد الصانع ضمن]

المسأله الخامسه: إذا أفسد الصانع ضمن و لو كان حاذقا، كالقصار يحرق الثوب أو يخرق، أو الحجام يجنى فى حجامته، أو الختان يختن فيسبق موساه إلى الحشفه أو يتجاوز حد الختان، و كذا الكحال و البيطار، مثل أن يحيف على الحافر، أو يفصد فيقتل، أو يجنى ما يضر الدابه، و لو احتاط و اجتهد من غير فرق عندنا فى جميع هؤلاء بين المشترك و الأجير الخاص منهم، و بين كون العمل فى ملكه أو ملك المستأجر، و بين حضور رب المال أو غيبته بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك بين المتقدمين و المتأخرين منا.

بل فى محكى الانتصار الإجماع على ضمان الصانع، كالخياط و القصار و ما أشبههما لما جنته أيديهم على المتاع بتعد و غير تعد، و فى جامع المقاصد و المسالك و التنقيح الإجماع على ضمان الصانع ما يتلف بيده حاذقا كان أو غير حاذق مفرطا أو غير مفرط، و فى محكى السرائر نفى الخلاف بين أصحابنا عن ضمان الملاحين و المكاريين ما تجنيه أيديهم على السلع، و فى التنقيح نفى الخلاف عن ضمان الصانع، و فى الكفايه أنه لا يعرف فيه خلافا، و فى محكى الخلاف و الغنيه الإجماع على ضمان الختان و الحجام و البيطار.

كل ذلك مضافا إلى سببيه الإتلاف للضمان و إلى

صحيح الحلبى (۱)و حسنه عن أبى عبد الله عليه السلام «فى الرجل يعطى الثوب ليصبغه فيفسده، فقال: كل عامل أعطيته أجرا على أن يصلح فأفسد فهو ضامن».

و كذا خبر السكونى (۲)و الكنانى (۳)و إلى

المرسل (۴)عن أمير المؤمنين عليه السلام «من تطبب أو تبيطر، فليأخذ البراءه من وليه، و إلا فهو ضامن»

و أنه

(۵)«ضمن ختانا قطع حشفه غلام»

الذى عن المقتصران عليه عمل الأصحاب و عن تعليق النافع أن عليه العمل و ديات النافع أنه مناسب للمذهب، بل عن السرائر أنه صحيح.

و من ذلك يعلم الحال فى ضمان الحجام و الختان، و إن لم يتجاوز لمحل القطع إذا اتفق حصول التلف بفعله، لكن فى محكى السرائر لو لم يتجاوز محل القطع مع حذقتهم فى الصنعه، فاتفق التلف، فإنهم لا يضمنون، و عن الكفايه أنه غير بعيد.

و فيه أنه مناف لقاعده الإتلاف و غيرها، و من هنا قال فى جامع المقاصد:

بعد أن حكاه عنه هذا صحيح إن لم يكن التلف مستندا إلى فعلهم، و لكن قد يناقش بعدم صدق الجنايه على ذلك، و نحوه مما بين مستأجر عليه و مأذون فيه، بل لعل ذلك هو التحقيق فى المسأله، و بين ضمان الصناع لما يجنيه أيديهم و إن كان من غير تقصير منهم، بل و كذا الطبيب و البيطار إذا حصل التلف بالطبابه و البيطره، و لعل ذلك مقتضى

القاعده فضلا عن النصوص التى سمعت جمله منها.

و

فى خبر بكر بن حبيب (۶)عن أبى عبد الله عليه السلام «لا يضمن القصار إلا ما جنت يداه، و إن اتهمته أحلفته»

و حينئذ لا ضمان مع عدم الفساد من حيث الصنعه و العمل،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱۰.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١٣.
٤- ۴ الوسائل الباب- ٢۴- من أبواب موجبات الضمان الحديث- ١.
۵- ۵ الوسائل الباب- ٢۴- من أبواب موجبات الضمان الحديث- ٢.
۶- ۶ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١٧.

و إن اتفق نقصـان قيمه الثوب مثلاـ بحصول العمل منه، و كـذا المأمور بالختن و الحجامه و نحوهما، و لم يكن منه فساد و خيانه من حيث العمل المأمور به، و إن اتفق التلف به.

نعم لو كان ذلك بعنوان الطبابه و البيطره ترتب الضـمان لحصول الفساد بما كان يراد منه الصلاح و إن لم يكن عن تقصير و الله العالم.

ثم إن الظـاهر عـدم الفرق بين البيطـار و الطبيب فى كثير من الأـدله السـابقه و حينئـذ ينبغى اتحاد حكم الطبيب معه، بل هو أحد الصـناع، بـل داخل فى إطلاق صـحيح الحلبى و غيره من النصوص، مع أخـذه الأجره على ذلك، من غير فرق بين القاصـر الـذى حكى الإجماع على ضـمانه، و العارف المقصـر الذى نفى الخلاف عنه، بل عن ظاهر ديات التنقيح الإجماع على ضـمان العارف إذا عالج صبيا أو مجنونا أو

مملوكا بدون إذن الولى و المالك، و هو كذلك.

بل يقوى الضمان أيضا فى العارف الماهر علما و عملا المأذون بأجره و غيرها فأتلف، للمرسل المزبور، و قاعده الإتلاف و القتل خطأ و انه لا يطل دم امرئ مسـلم و غير ذلك، و الاذن فى العلاج لا فى الإتلاف لا تنافى الضـمان به، كما فى الصانع و غيره، و لم أجـد خلافـا صـريحا فى ذلـك إلاـ من المحكى عن ابن إدريس و التحرير، فلم يضـمناه للأصـل المقطوع بما عرفت و دعوى سقوط الضمان بالإذن المقتضيه تسويغ الفعل فلا يستعقب ضمانا الممنوعه على مدعيها.

و مـن هنـا اتفـق مـن عـداهما من الأصـحاب على الضـمان و إن خلت جمله من العبـارات عن التقييـد بالإـذن، لكن حملهـا على خصوص حال عدم الإذن لا دليل عليه، و لا داعى إليه إنما الكلام فى صدق إتلافه و لا ريب فى تحققه بمباشـرته العلاج بنفسه، بل و بأمره بناء على قوه السبب على المباشر فى مثله، بل و بوصفه له أن دواءك كذا و كذا، كما عن التذكره التصريح به.

بل عن بعضـهم التأمل فى ضـمانه لو قال: الـدواء الفلانى نافع للمرض الفلانى، الا أنه كما ترى مناف لأصول المـذهب و قواعده، بل الظاهر عدمه لو قال مثلا: لو

كنت مريضا بمثل هذا المرض لشربت هذا الدواء كما أن المشهور على ما قيل البراءه بأخذها من المريض أو الولى للمرسل المزبور و غيره مما تسمعه إنشاء الله فى كتاب الديات الذى هو محل المسأله و توابعها.

و كيف كان فما ذكرناه فى أصل المسأله إنما هو التلف و ما شابهه بيده أما لو تلف فى يد الصانع لا بسببه، من غير تفريط و لا تعد لم يضمن على الأصح للأصل و كونه أمينا، لكن فى المسالك «قيل: أنه كذلك فى الضمان، بل ادعى عليه المرتضى الإجماع، و ما اختاره المصنف أقوى، لأصاله البراءه، و لأنهم أمناء، فلا يضمنون بدون التفريط، و فى كثير من الأخبار دلاله، و الإجماع ممنوع».

قلت: خلاف المرتضى و إجماعه إنما هو فى تصديق دعواه التلف، و هو غير ما نحن فيه من معلوم التلف فى يده بغير تعد و لا تفريط، و ستسمع تحقيق ذلك فى المسأله الثانيه من الفصل الرابع، و حينئذ لم أعرف الإشاره بالأصح فى المتن إلى خلاف معلوم لأصحابنا.

و كذا الملاح يضمن ما يتلف بيده و حذقه، أو ما يعالج به السفينه من الاحبال و الأخشاب، بلا خلاف أجده فيه، بل فى جامع المقاصد نسبته للنص و الإجماع، و قد سمعت معقد إجماع الانتصار و نفى الخلاف فى السرائر و النصوص و غير ذلك مما يندرج فيه من غير فرق بين تعديه و تفريطه و عدمهما، و بين حضور المالك و غيبته، كما عن السرائر التصريح به.

و كذا يضمن ما يتلفه المكارى آدميا و غيره بقوده و سوقه، و انقطاع الحبل الذى شد به حبله مثلا كما نص عليه غير واحد، بل فى جامع المقاصد نسبته إلى النص و الإجماع، و لعله أراد النصوص السابقه، و قد سمعت نفى الخلاف فى السرائر و معقد إجماع الانتصار.

بل يمكن دعوى تناول الفتاوى له، و ان وقع لفظ الصانع فى بعضها، إلا أنه يمكن اراده مطلق الأجير منه. كما سمعته فى النصوص و لعله لذلك ادعى فى

الجامع الإجماع بقرينه احتمال كون تعثر الـدابه جنايه من الأجير فى حال كونه معها، و إن كان يقوى القول بأنه حال عـدم اعتياد قود الدابه لمكان استواء الأرض، كانكسار السفينه الذى هو ليس من فعل الملاح، و

فى خبر السكونى (۱)عن أمير المؤمنين عليه السلام «أنه كان لا يضمن من الغرق و الحرق».

و على كل حال لا إشكال فى أصل ضمانهما بما عرفت، بعد وضوح الدليل عليه، كوضوحه على أنهما لا يضمنان مع عدم التلف منهما، إلا ما يتلف بتعد أو عن تفريط منهما على نحو غيرهما من الأمناء على الأشبه بل لم يحضرنى خلاف فيه، لما ستعرف من أن خلاف المرتضى و غيره فى قبول قولهما، لا فى عدم ضمانهما مع معلوميه التلف كذلك و الله العالم.

و أما الحمال فيضمن ما يسقط عن رأسه مثلا بعثرته و نحوها مما يستند به التلف إليه، للأدله التى سمعتها، مضافا إلى

الصحيح (۲)عن أبى عبد الله عليه السلام «فى رجل حمل متاعا على رأسه فأصاب إنسانا فمات أو انكسر منه شى ء قال: هو ضامن»

بناء على عود الضمير المجرور إلى المتاع، و كون الحامل أجيرا مثلا، المعتضد ب

خبر زيد ابن على (۳)عن آبائه عليهم السلام «أنه أتى بحمال كانت عليه قاروره عظيمه كان فيها دهن، فكسرها فضمنها إياه، و كان يقول كل عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن»

الحديث و لغيره من النصوص.

و بما فى جامع المقاصد من نسبته إلى النص و الإجماع الذى لم نجد ما ينافيه، إلا ما يحكى عن كشف اللثام من أن الموافق للأصول عدم ضمانه إلا مع التفريط، أو كونه عاريه مضمونه، قيل: و نحوه عن المسالك، و فيه أن عدم ضمان الأمين إلا بذلك فيما يتلف فى يده، لا بفعله، أما هو مما كان نحو الصانع، من الأجير و نحوه فعلى قاعده الضمان بالإتلاف، و مندرج فى النصوص السابقه و غيرها.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۶.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۰- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۰- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱۳.

و لو قال المالک للخیاط مثلا: ان کان یکفینی قمیصا فاقطعه فقطعه، فلم یکف ضمن، و لو قال هل یکفی قمیصا؟ فقال: نعم، فقال: اقطعه فلم یکفه لم یضمن، کما فی القواعد و غیرها لعدم الإذن فی الأول بخلافه فی الثانی، و إن کان

صدوره منه اعتمادا علی قول الخیاط، لکنه من الدواعی.

و عن أبی ثور الضمان بذلک، لقاعده الغرور، و فی جریانها هنا نظر واضح، بل یتوقف فی الضمان فی الصوره الأولی التی یمکن القول فیها بأن مدار الإذن علی الاجتهاد فی ذلک، و الفرض أنه قد غلب علی ظنه ذلک، فهو فی الحقیقه مأذون، و الأصل براءه الذمه، فتأمل جیدا و الله العالم.

و لو أتلف الصانع الثوب بعد عمله تخیر المالک فی تضمینه إیاه، غیر معمول و لا أجر علیه، و فی تضمینه إیاه معمولا و یدفع الیه أجره معامله للعمل معامله المبیع قبل قبضه إذا أتلفه البائع، فلا یتوجه دعوی الانفساخ قهرا و تضمینه الثوب غیر معمول، لأنه إنما یتم بالتلف بآفه سماویه، لا فی الإتلاف.

کل ذلک بناء علی اعتبار تسلم العمل بتسلم العین فی المعاوضه، أما علی القول بالاکتفاء بإیجابه فی عین المالک، و إن لم یتسلمه المالک، اتجه حینئذ ضمانه معمولا- فی الفرض، ضروره کونه من صفات مال المالک، کما أنه یتجه حینئذ المطالبه بالأجره مع فرض التلف بآفه سماویه، فتأمل.

و لو فرض نقصان قیمه الثوب عن الغزل کان له قیمه الثوب، للإذن فی النقص، و لا أجره للعمل، لعدم تسلیمه.

و ما عساه یقال: من أنه مع فرض ثبوت الخیار له فی ذلک الذی هو المراد فی المسأله السابقه، یمکن حینئذ دعوی أن له الفسخ لعدم حصول المعاوضه، و المطالبه بقیمه الغزل التی لیس له غیرها مع فرض التلف بآفه سماویه، یدفعه أنه حیث لا یکون لعمل الأجیر أثر فی زیاده القیمه، و الفرض أنه أتلفه قبل القبض، فلیس له المطالبه بالأجره، و لیس للمالک مطالبه الأجیر بشی ء عنه و إن أورث نقصا، لأنه بإذنه،

بخلاف ما لو كان له أثر فى الزياده، فإن له المطالبه به منسوجا مع دفع الأجره، و غير منسوج بدونها هذا.

و فى قواعد الفاضل لو وجب ضمان المتاع المحمول تخير صاحبه بين تضمينه إياه بقيمته فى الموضع الذى سلمه و لا أجر له، و تضمينه فى الموضع الذى أفسده، و يعطيه الأجر إلى ذلك المكان كذلك.

و فيه أن مقتضى القواعد استحقاق الأجير أجرته إلى ذلك الموضع و ضمانه القيمه حال التلف لا التخيير المزبور، و ليس هو كالمسأله السابقه الذى يكون العمل فيها فى عين المالك، الممكن دعوى اعتبار تسليمه بتسليمها، إذ ليس العمل هنا إلا الحمل و النقل، و أما وجوب تسليم العين فهو من حيث كونها أمانه فى يده كما هو واضح بأدنى تأمل.

و كذا ما فيها أيضا من أنه لو استأجره لحياكه عشر فى عرض فى عرض ذراع فنسجه زائدا فى الطول، فلا أجره له على الزياده للتبرع و له المسمى، لا يخلو من نظر أيضا ضروره عدم إتيانه بالعمل المستأجر عليه ضروره مخالفته فى آخر الطاقه الأولى من الغزل، لأنه كان عليه أن يعطفها عند بلوغ العشر حتى يعود إلى الموضع الذى بدء منه فهو مخالف فيه و فيما بعده، فلا يستحق أجرا أصلا، و كذا إن زاد فيه و فى العرض، أو فى العرض خاصه، و إن احتمل فى القواعد هنا ذلك و المسمى أيضا كما لو نقص فيهما قال: لكن هنا إن أوجبناه أسقط منه بنسبه الناقص، و فيه ما عرفت و أن المتجه فى الجميع عدم الأجر، بل يضمن الأرش لو فرض نقص الغزل بذلك. و الله العالم.

[المسأله السادسه من استأجر أجيرا لينفذه فى حوائجه كانت نفقته على المستأجر]

المسأله السادسه: من استأجر أجيرا لينفذه فى حوائجه مثلا كانت نفقته على المستأجر إلا أن يشترط على الأجير كما فى النهايه و القواعد و الإرشاد و الروض على ما فى بعضها، بل فى اللمعه أنه المشهور و إن كنا لم نتحققه لغير من عرفت ممن تقدمه بل لعل المتحقق خلافه، إذ العكس خيره السرائر و التذكره و المختلف و التحرير و الإيضاح و جامع المقاصد، و المسالك، و الروضه، و مجمع البرهان و التنقيح

و الكفايه على ما حكى عن بعضها، بل فى التذكره عن ابن المنذر لا أعلم فى ذلك خلافا ساكتا عليه.

بل لعل ذلك هو الأقوى فى النظر، ضروره عدم اقتضاء عقد الإجاره من حيث هو كذلك إلا وجوب العوضين، و عدم الدليل الشرعى الدال على وجوبه تقييدا.

و

الصحيح (١)المروى فى الكافى و التهذيب عن سليمان بن سالم «سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استأجر رجلا بنفقه و دراهم مسماه على أن يبعثه إلى أرض. فلما أن قدم أقبل رجل من أصحابه يدعوه إلى منزله الشهر و الشهرين، فيصيب عنده ما يغنيه عن نفقه المستأجر، فنظر الأجير إلى ما كان ينفق عليه فى الشهر إذا هو لم يدعه، فكافى به الذى يدعوه، فمن مال من، تلك المكافاه؟ أمن مال الأجير، أم من مال المستأجر؟ قال: إن كان فى مصلحه المستأجر فهو من ماله، و إلا فهو على الأجير، و عن رجل استأجر رجلا بنفقه مسماه و لم يفسر شيئا على أن يبعثه إلى أرض أخرى فما كان من مؤنه الأجير من غسل الثياب و الحمام فعلى من؟ قال: على المستأجر»

مع جهل راويه فإنه على ما قيل لم يذكره علماء الرجال، و عدم الجابر لما عرفت، بل قد سمعت الاعراض عنه ممن ذكرنا- ظاهر صدرا و عجزا فى ذكر النفقه فى العقد، و هو خارج عما نحن فيه.

و حينئذ يكون الوجه فى السؤال الأول أن الأجير المشترط نفقته إذا اتفق بذلها من صديق و نحوه يبقى على استحقاقه لها مع فرض كون ذلك البقاء لمصلحه المستأجر حتى يكون مستحقا للنفقه، و فى الثانى أن النفقه المعتبره أجره من غير تعرض لتفصيلها يدخل

فيها مثل غسل الثياب و دخول الحمام بخلاف الدواء و نحوه.

نعم هو ظاهر فى جواز اشتراط النفقه من غير تعرض لمقدارها، بل اتكالا على تقديرها الشرعى أو العرفى، بل ظاهر فى جواز جعلها أجره أو جزؤها، و هو و إن كان منافيا لما ذكره بعضهم ممن لم ير وجوبها إلا بالشرط من وجوب التعرض لتفصيلها

١- ١ الوسائل الباب- ١٠- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ١.

تحرزا من الجهاله المفسده لعقد الإجاره- إلا أنه يمكن القول به هنا للعموم، و الخبر المزبور المعمول به فی الجمله الظاهر فی الاکتفاء بمثل ذلک فی دفع مثل هذا الغرر فی الإجاره و إن وقعت النفقه جزأ من الأجره فضلا عن أن تکون شرطا الذی قد صرح فی محکی التذکره هنا بعدم ضرر جهالته، لأنه من التوابع حینئذ کأس الجدار، کما أن ظاهر الأصحاب المفروغیه من جواز الاستیجار للإنفاذ فی حوائجه علی الاجمال اتکالا علی المعتاد المقدور له و اللائق بحاله من ذلک.

و حینئذ مع التشاح یجب علی المستأجر بذل أقل مطعوم مثله و ملبوسه من الجنس المعتاد علی حسب ما هو محرر فی تقدیر النفقات الواجبه فی الشرع و لو استغنی الأجیر لمرض أو بطعام نفسه لم یسقط حقه الذی قد حصل فی العقد جزأ أو شرطا، و لو أحب الأجیر أن یستفضل بعض طعامه جاز و إن کان مرضعه ما لم یکن فی ذلک نقص فی منفعه المستأجر کما هو واضح.

[المسأله السابعه إذا آجر مملوکا له صانعا مثلا فأفسد کان ذلک لازما لمولاه فی سعیه]

المسأله السابعه: إذا آجر مملوکا له صانعا مثلا فأفسد کان ذلک لازما لمولاه فی سعیه فإن قصر ففی ذمته، یتبع به بعد العتق و کذا لو آجر نفسه باذن مولاه ل

لصحیح (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام «فی رجل استأجر مملوکا فیستهلک مالا کثیرا؟ فقال: لیس علی مولاه شی ء، و لیس لهم أن یبیعوه، و لکنه یستسعی و إن عجز فلیس علی مولاه شی ء، و لا علی العبد شی ء»

المحمول علیه

الحسن (۲)«عن أبی عبد الله علیه السلام قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی رجل کان له غلام استأجر منه صانع أو غیره، قال: إن کان ضیع شیئا أو أبق منه فموالیه ضامنون».

و حینئذ فما فی النهایه و محکی الکافی- من إطلاق کون الضمان علی المولی و محکی السرائر من إطلاق عدم ضمانه و تبعه فی جامع المقاصد. نعم قال: «إن کانت جنایته علی نفس أو طرف کما لو کان طبیبا تعلق برقبه العبد و للمولی فداؤه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۳.

بأقل الأمرين من القيمه أو الأرش» لكن هذا لا يتقيد بإذن المولى- و ما فى المسالك من التعلق بالكسب إن كان فى العمل الذى يعمل فيه من غير تفريط، و إن كان بتفريط تعلق فى ذمته يتبع به إذا أعتق، لأن الإذن فى العمل لا يقتضى الإذن فى الإفساد- فى غير محله، و كالاجتهاد فى مقابله النص الذى مع فرض الاعراض عنه يتجه ما سمعته من الحلى و جامع المقاصد ضروره عدم اقتضاء الإذن من المولى فى الإجاره الضمان فى كسبه مع الإفساد و لو بغير تفريط.

[المسأله الثامنه صاحب الحمام لا يضمن إلا ما أودع و فرط فى حفظه أو تعدى فيه]

المسأله الثامنه: صاحب الحمام لا يضمن إلا ما أودع و قبل الإيداع و فرط فى حفظه أو تعدى فيه بلا خلاف فى شى ء من ذلك و لا اشكال، بعد حمل إطلاق عدم الضمان فى محكى المقنعه على ذلك.

ف

فى المرسل (۱)«عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه اتى بصاحب حمام وضعت عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه، و قال إنما هو أمين».

و فى خبر السكونى (۲)«عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان يقول لا ضمان على صاحب الحمام فيما ذهب من

الثياب، فإنه إنما أخذ الجعل على الحمام، و لم يأخذ على الثياب»

و نحوه خبر إسحاق بن عمار(۳)عنهم عليهم السلام أيضا بدون التعليل.

و

فى خبر أبى البخترى (۴)«عن جعفر أيضا عن أبيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان لا يضمن صاحب الحمام، و قال: إنما يأخذ أجرا على الدخول إلى الحمام»

و لكن قد يفهم من الأخير و خبر السكونى الضمان باستئجاره للحفظ و إن لم يكن بتفريط، و هو مناف لقاعده الامانه، ضروره عدم الزياده على ذلك بالاستيجار.

و ل

لصحيح (۵)«عن رجل استأجر أجيرا فأقعده على متاعه فسرق، قال: هو

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۸ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ۱.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٣- ذيله عن ابن مسكان.

٤- ۴ الوسائل الباب- ٢٨ من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٢.

٥- ۵ الوسائل الباب- ٢٩- من أبواب أحكام الإجاره الحديث- ٣.

مؤتمن».

نعم قد يقال: لا أجر له لعدم حصول العمل المستأجر عليه. و الله العالم.

[المسأله التاسعه إذا أسقط الأجره بعد تحققها فی الذمه صح]

المسأله التاسعه: إذا أسقط الأجره بعد تحققها فی الذمه و إن لم يستحق تسلمها صح بلا خلاف و لا إشكال بعد معلوميه مشروعيه الإبراء بلفظه أو ما دل عليه من الإسقاط و نحوه نعم لو أسقط المنفعه فی العين المعينه لم تسقط بلا خلاف أيضا و لا إشكال لأن الإبراء لا يتناول إلا ما هو فی الذمم من أجره أو عمل فيها أو منفعه كليه، و شبه ذلك مما هی محله، كما هو واضح و الله العالم.

[المسأله العاشره إذا آجر عبده ثم أعتقه لم تبطل الإجاره]

المسأله العاشره إذا آجر عبده ثم أعتقه صح العتق قولا واحدا لعموم أدلته و لم تبطل الإجاره أيضا كذلك للعموم أيضا، و إن حكى عن إيضاح النافع أنه قال: و ربما قيل: ببطلانها فيضمنها السيد للمستأجر، إلا أن الظاهر كونه لبعض الشافعيه لا لأحد من أصحابنا الذين أطبقوا على عدم بطلانها بالبيع إلا أن يكون قد باعه على المستأجر، فإن بعضهم استشكل فيه أو خالف و حينئذ تستوفى المنفعه التی تناولها العقد من العبد الذی يجب الوفاء بها إن كان مكلفا.

و لا يرجع العبد (۱۱) على مولاه بأجره مثل عمله و منفعته بعد العتق التی قد أعتق مسلوبا عنها، و كانت ملكا لمولاه و قد ملكها غيره بالإجاره.

فما عن الشافعی- فی القديم من رجوعه بذلك بل احتمله جماعه من أصحابنا بل عن الشيخ و ابن إدريس حكايته قولا، و ظاهرهما أنه لأصحابنا و إن كنا لم نتحققه- واضح الضعف.

و أضعف منه ما ذكر فی توجيهه من أن إزاله الرق تقتضی ملك العبد للمنافع، فإذا سبق نقل المولى لها فاتت عليه فيرجع على المولى بأجره مثل عمله بعد العتق (۱۲) بعوضها، و هو أجره المثل فكان كما لو أكرهه على عمل، إذ هو كما ترى، ضروره أن المكره متعد، و العبد لم يكن مالكا للمنافع التی قد استقر ملك المستأجر عليها، و الرق إنما زال عنه مسلوب المنافع تلك المده فلا رجوع له على أحد.

و أما نفقته مده الإجاره فهى على المستأجر قطعا إن شرطت عليه، و إلا مع فرض عجزه عنها لعدم مال، فعلى المعتق عند الفاضل فى القواعد، لأنه كالباقى على ملكه، حيث ملك بعض نفعه، و ضعفه واضح، ضروره أن المقتضى لها الملك، و قد زال، أو فى بيت المال كما عنه أيضا فى التذكره، و فى الحواشى و جامع المقاصد و إيضاح النافع و المسالك فإن لم يكن وجب على الناس كفايه، أو على العبد نفسه يكتسبها فى غير مده المستأجر، و مع فرض التعذر يسعى كل يوم بقدر النفقه، و يصرف باقى اليوم للمستأجر و يحتسب ما سعى به على المستأجر من مدته.

و فيه أن نفقته حينئذ على المستأجر الذى قد عرفت عدم وجوبها عليه، و لو قيل باحتساب مقدار أجره المثل أو قيمه ما اكتسبه فى ذمه العبد للمستأجر لكان حسنا، بل لا بد من القول به مع فرض الانحصار فى ذلك، لعدم بيت المال، ضروره تقدم النفقه على كل واجب فى الذمه و لو للغير و الله العالم.

و لو آجر الوصى مثلا صبيا مده مثلا يعلم بلوغه و رشده فيها لو كان رشيدا بطلت فى المتيقن لعدم كونه وليا فيها فتصرفه حينئذ فضولى ان لم يعتبر فى صحه المجيز فى الحال و عليه يحمل البطلان فى المتن، و إلا كان العقد باطلا حقيقه و صحت فى الزمان المحتمل بلا خلاف كما عن الخلاف بمعنى الحكم بصحته ظاهرا لتحقق الولايه المقتضيه لصحه ذلك.

و لو اتفق البلوغ فيه، فهل للصبى الفسخ، بعد بلوغه بمعنى عدم اجازه العقد الفضولى المفروض صحته التى هى القابليه لترتب الأثر قيل: نعم و اختاره فى المبسوط و القواعد و الإرشاد و التذكره و السرائر و قواعد الشهيد و المختلف و جامع المقاصد و المسالك لعدم الولايه له فى هذا الحال فيكون التصرف فيه فضولا.

و لكن فيه (۱۱) عند المصنف تردد (۱۲) بل عن الخلاف الجزم بلزومها، لوقوع الإجاره من أهلها فى محلها فى وقت لم يعلم لها مناف، فتستصحب، و فيه ما عرفت من أنه بالنسبه إلى الحال المفروض ليس من أهلها و لا فى محلها، و الجهل لا مدخليه له فى تغير حكم الموضوع واقعا.

نعم لو فرض اجاره الولی المده الزائده علی سن البلوغ فی مصلحه الطفل قبل بلوغه کان المتجه لزومها و کذا الکلام فی ماله و لیس مفروض المسأله هنا کذلک و إنما هو إجارتها فی مصلحه له مستمره باستمرار الزمان علیه و لا ریب فی أن المتجه فی هذا صحتها و لزومها إلی حال البلوغ و التوقف علی الإجازه فی غیره ضروره عدم الولایه لأحد بعد البلوغ و الرشد علیه و لو فی مصالحه.

و بذلک ظهر لک الحال فی موضوع المسأله فلا یشکل بان فرض موضوع الإجاره زائد علی مده البلوغ إن کان فی مصلحه الصبی صحت و لزمت علیه و الا- لم تصح من مثل الوصی حتی فیما قبل البلوغ إذ قد عرفت الفرق بین المصلحه للصبی حال صباه و بینها مستمره إلی ما بعد بلوغه فالأولی هی التی ینفذ معها التصرف و لو کان الإجاره فیما بعد البلوغ بسنین بخلاف الثانیه فإنها تلزم حال عدم البلوغ و یبقی الباقی علی الإجاره و لا یشکل صحتها حینئذ بالجهل بالمده ضروره الاکتفاء بالعلم فی الجمله فی دفع الغرر.

فما فی الإرشاد من الحکم بالبطلان بالبلوغ فی الفرض محمول علی إراده الفضولی لا البطلان من رأس، للجهاله، و ان احتمله بعضهم مؤیدا له بما فی القواعد من الحکم ببطلان استیجار العبد مده یعلم موته قبل انقضائها للجهاله، إلا أنه کما تری.

و علی کل حال ففی المفروض لو مات الولی أو انتقلت الولایه إلی غیره لم یبطل الإجاره الأولی الجامعه لشرائط الصحه و اللزوم التی هی أولی من الوکاله و لا یشکل ذلک بأن مقتضاه عدم اجاره ناظر الوقف حینئذ، فإن التزامه غیر معلوم البطلان.

نعم یتجه انفساخها مع عدم الإجازه لو مات للبطن الثانی التی لم تکن الإجاره الراجع إلی مصلحتهم، و انما هو کمفروض المسأله أنه آجر الوقف علی حسب المصلحه المستمره الحاصله لأهل البطن الأول، و البطن الثانی الذی هو غیر ولی علیهم فی مصالحهم المقارنه لوجودهم الذی أمرها إلیهم نحو ما قلناه فیما نحن فیه فتأمل فإنه

دقيق نافع.

[المسأله الحاديه عشره إذا تسلم أجيرا ليعمل له صنعه فهلك لم يضمنه]

المسأله الحاديه عشره: إذا تسلم أجيرا بعقد صحيح ليعمل له عملا أو صنعه فهلك بعمله أو غير عمله لم يضمنه صغيرا كان أو كبيرا حرا كان أو عبدا مع فرض عدم التفريط منه و عدم التسبيب الذى يقوى على المباشره بلا اشكال و لا خلاف بل فى المسالك هو موضع وفاق منا و من العامه، و فى التنقيح إجماع المسلمين.

لكن عن المبسوط أنه حكى عن الشافعى فى العبد قولين و عن الخلاف عن قوم الضمان فى أصل المسأله و الأمر سهل بعد معلوميه الحال، و هو عدم الضمان من حيث كونه أجيرا، للأصل بعد فرض أن إثبات يده بحق، و هو استيفاء المنفعه التى ملكها بل لا فرق بين هلاكه فى مده الإجاره و بعدها، إذ لا يجب على المستأجر رد العين على مالكها على تقدير كونها مملوكه، و إنما الواجب عليه التخليه بينه و بينها فإذا كان حرا أولى.

نعم لو حبسه مع الطلب بعد انقضاء المده صار بمنزله المغصوب إذا كان مملوكا أما الحر فستعرف الحال فى البالغ و غير البالغ و الله العالم.

[المسأله الثانيه عشره إذا دفع سلعه مثلا إلى غيره ليعمل له فيها عملا فان كان ممن عادته أن يستأجر لذلك العمل كالغسال و القصار فله أجره مثل عمله]

المسأله الثانيه عشره: إذا دفع سلعه مثلا إلى غيره، ليعمل له فيها عملا فان كان ممن عادته أن يستأجر لذلك العمل كالغسال و القصار فله أجره مثل عمله لأصاله احترام عمل المسلم الذى لم يظهر من فاعله التبرع إذ هو كعين ماله فضلا عن أن يكون ظاهره الأجره كما فى الفرض بل الظاهر عدم اعتبار دفع السلعه فى ذلك، و من هنا جعل العنوان فى الإرشاد الأمر بالعمل الذى له أجره فى العاده بل الظاهر عدم اعتبار الأمر فى ذلك أيضا بل يكفى الإذن فيه و لو بالفعل نحو ما جلس بين يدى حلاق ليحلق رأسه أو دلاك كذلك كما نص عليه فى جامع المقاصد.

بل يمكن دعوى عدم الكراهه فى عدم تعيين مقدار الأجره فى مثل هذا باعتبار

معلومیه أجره مثله، فلا یندرج حینئذ فیما دل علی النهی عن ذلک مع احتماله.

ثم لا یخفی علیک أن ظاهر المصنف و غیره بل و مقتضی القواعد کون الثابت فی الفرض أجره المثل التی هی قیمه العمل فی مقابله العین لا ما ضربه العامل لنفسه، و ان زاد عنها و لا ما قصده الدافع و إن قل عنها ضروره کون المقام من الضمانات لا المعاملات، و الضمان للشی ء إنما هو بقیمته، أما المعامله فلا بد من الموافقه علی المسمی منهما کما هو واضح.

و علی کل حال فلا اشکال و لا خلاف فی الأجره فی أصل المسأله بل و إن لم تکن له أی العامل عاده و کان العمل مما له اجره فیها فله أی العامل المطالبه لأنه أبصر بنیته التی هی إراده الأجره عوض عمله، أو عدم قصد التبرع فإن ذلک کاف فی تحقق الأجره للأصل المزبور، و إن أراد الدافع التبرع، و لعله المراد مما فی المتن.

نعم إن لم یکن مما له اجره بالعاده، لم یلتفت إلی مدعیها بل و إن نوی العامل الأجره بذلک لم یکن له، للأصل و عدم تقومه المانع من ضمانه، بناء علی أن ذلک هو المراد من قولهم لا اجره له فی العاده.

و حینئذ فلو کان متقوما عرفا لزمته الأجره بمجرد الأمر بفعله، و إن جرت العاده بعدم أخذ الأجره علیه کاستیداع المتاع الذی احتمل منه الإجاره، إلا أنه استبعده فی جامع المقاصد، و استحسن إراده الأعم من ذلک و هو ما لا اجره له فی العاده سواء کان متقوما بحیث یجوز مقابلته بالعوض أم لا، و قال: «إن ظاهر العباره لا یأبی العموم».

قلت: قد عرفت أن ضمان الأجره بالإذن إنما هو لأصاله احترام العمل، و عدم اعتیاد أخذ الأجره علیه لا ینافی احترامه فی الواقع علی وجه یجعله کالمقصود به التبرع.

و دعوی- أن عدم الأجره له فی العاده تقضی بقصد التبرع- یدفعها أن مفروض

البحث هنا بيان حكم الموضوع واقعا لا حكم التداعى ظاهرا مع أنه يمكن دعوى كون القول قول العامل أيضا لأنه أبصر بنيته، و كون العاده كذلك لا يقتضى قصد التبرع، كما أن عدم العاده للعامل فى الصوره السابقه التى حكم فيها بالأجره بلا خلاف فى ذلك.

و من هنا بان لك النظر فيما ذكره الشهيدان و غيرهما من الفرق بين ما فى المتن و محكى التذكره و التحرير و بين ما فى قواعد الفاضل حيث اكتفى فى ثبوت الأجره بكون العمل ذا أجره فى العاده، كما لو دفع للحداد مثلا سكينا فقال:

افتحها، و لم يكن فتحها من العمل الذى يستأجر عليه عاده لكونه ميسورا بخلاف ما فى القواعد.

أما غير هذه الصوره فمقتضاهما نفيا و إثباتا متحد إذ قد عرفت أن عدم الضمان فيما لا اجره له فى العاده، لعدم اجره المثل له فلا يتصور ثبوت عوض له فى الذمه، و إن صح مقابلته بالعوض بالتراضى و كون الحداد ناصبا نفسه لأخذ الأجره لا يقتضى ثبوت أجره مثل للعمل المدفوعه إليه، و إن لم يكن له مثل فى الخارج، و كذا الخياط و غيرهما من الصناع فيكون المقصود للمصنف فى ذكر الأمرين بيان المفروغيه من الصوره الأولى.

و أما الصوره الثانيه فهى كذلك أيضا إلا أن فيها احتمال العدم باعتبار عدم كون العامل ممن نصب نفسه لذلك، حتى يكون قرينه على إرادتها بل لم يصرح أحد منها بها.

بل قد عرفت إمكان فرضها بما إذا خليا فى الواقع عن قصدهما، و الأصل البراءه، إلا أنك قد عرفت ثبوتها لا لأنها من المعاطاه، فإن الشرائط فيها مفقوده، بل من باب الضمان لاحترام عمل المسلم و مساواه منافعه مع الاستيفاء لأعيان ماله فيضمن حينئذ بذلك مع الإذن فضلا عن الأمر بأجره المثل.

و الأصل فى ذلك أن الموجود فى الخلاف و المبسوط الاقتصار على خصوص الصانع

علی مـا حکی قـال فی الأـول: «إذا سـلم الثوب إلی غسـال، و قـال له: اغسـله و لم یشترط الأـجره و لا عرض له بها، فغسـله لزمته الأجره» و بمعناه قوله فی المبسوط «إذا أمره بغسله کان علیه الأجره» بل عن الخلاف زیاده أنه إن لم یأمره بغسله لم یکن له أجره فأراد المصنف بیان عدم اعتبار اعتیاد العامل فی الأجره و لا الأمر فصرح بها فی الصورتین.

و بالتأمـل فیمـا ذکرنا بان لک التحقیق فی جمیع أطراف المسأله علی وجه لا- یخفی علیک ما فی کلمات بعض الأصـحاب بعد الإحاطه بذلک.

[المسأله الثالثه عشره کل ما یتوقف علیه توفیه المنفعه فعلی المؤجر]

المسأله الثالثه عشره: کل ما یتوقف علیه توفیه المنفعه الواجبه علی الأجیر فعلی المؤجر کالخیوط فی الخیاطه و المداد فی الکتابه و الأقلام فیها و الکش فی التلقیح و الصبغ فی الصباغه و إن لم یکن عاده تقضی بوجوبه علی المستأجر، لدلیل المقدمه.

لکن فی المسالک و الروضه و عن موضع من التذکره أنه مع انتفاء العرف أو اضـطرابه فعلی المستأجر، لأن المقصود من الإجاره العمل، أما الأعیان فلا تـدخل فی مفهوم الإجاره علی وجه یجب أداؤها لأجلها إلا فی شواذ تثبت علی خلاف الأصل کالرضاع و الاستحمام.

و فیه ما عرفت من أن وجوبها لیس للدخول فی مفهوم الإجاره، بل لمقدمه الواجب الذی الأصل فیه أن یکون مطلقا لا مشـروطا، خصوصا مع ملاحظه(۱)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ».

نعم فی الحواشـی و عن مجمع البرهـان وجوب التعیین مع عـدم العـاده أو اختلافهـا، و إلا بطلت الإجاره، و فیه أنها من التوابع، و لیست من مورد الإجاره الذی یعتبر فیه المعلومیه.

فالتحقیق حینئذ ما ذکره المصنف من الأقوال الثلاثه فی مفروض المسأله، و

۱- ۱ سوره المائده الآیه- ۱.

أما ما وقع من الاختلاف فى خصوص بعض الأشياء فإنما هو فى تنقيح أصل العاده فيها، و ليس هو من وظائف الفقيه.

و حينئذ ف يدخل المفتاح للغلق المثبت التابع لإجاره الدار لا مثل القفل و مفتاحه فى إجاره الدار لأن الانتفاع لا يتم الا بها و قد عرفت وجوب تسليمه على صاحب الدار فتجب مقدماته مضافا إلى تبعيته للغلق التابع للباب التابعه للدار فى الإجاره بل فى محكى التذكره و التحرير وجوب غيره على الموجر لو اتفق ضياعه من المستأجر لتوقف إيصال المنفعه عليه كما فى العماره، بل عن الأول و جامع المقاصد ثبوت الخيار مع عصيانه و امتناعه.

لكن فى القواعد و جامع المقاصد و عن الإرشاد و شروحه ليس له المطالبه ببدله مع ضياعه من المستأجر، و إن لم يكن ضامنا له، بل هو أمانه لعدم جبر الإنسان على إصلاح ملكه و عمارته، و حينئذ فيصنعه المستأجر لحاجته إن شاء، كما أنه إن شاء الموجر من غير لزوم لأحدهما.

و فيه أن ذلك ليس لوجوب إصلاح الملك، بل لوجوب تسليم المنفعه إلى مستحقها، و لذلك وجب عليه تسليم الدار فارغه الظاهر، و كذا البالوعه و الحش و مستنقع الحمام، بل للمستأجر الخيار إذا كانت مملوءه و لم يبادر على وجه لم يفت نفع معتد به على المستأجر، بل ربما قيل بثبوته بمجرد الامتلاء.

نعم يمنع وجوب ذلك بعد تسليم المفتاح إليه، و منه يعلم حينئذ قوه ما فى جامع المقاصد من عدم وجوب التفريغ عليه فى أثناء الإجاره للحش و البالوعه و مستنقع الحمام، و إن احتمله فى القواعد، بل عن التحرير أنه قربه، و قال ليس كل ما يتوقف عليه الانتفاع بعد تسليم العين و تمكين المستأجر منها التمكين التام يجب على المؤجر، فإن رفع يد الغاصب كذلك، مع أنه لا يجب، و الأصل البراءه مع تسليم العين فارغه.

و إن كان قد يناقش بالفرق فى موانع الانتفاع بين قصور العين فى نفسها لاتفاق خراب و نحوه، و بين الأمر الأجنبى المانع للمستأجر و إن بقيت هى على قابليتها

ضروره وجوب توفیه المنفعه الراجعه للعین نفسها فی تمام المده.

و علی کل حال فلا یجب علی المستأجر إصلاح ما فسد من العین باستیفاء المنفعه الذی هو حقه و حینئذ فلیس علیه التنقیه للحش و البالوعه مثلا عند انتهاء المده، و ان حکی عن ظاهر المبسوط ذلک.

نعم قد یقال: بوجوب التنقیه من الکناسه کما فی القواعد بل فیها أن رماد الأتون کالکناسه مع أنه استشکل فیه فی محکی التحریر قال: «لو خرجت المده و فی الدار زبل أو قمامه وجب علی المستأجر تفریغه علی إشکال» و فی جامع المقاصد للنظر فیه مجال، و لعله لأنه من ضرورات انتفاعه بها، فکانت کالخلاء و البالوعه، بل ینبغی الجزم بعدم وجوب کناسه ما یکون من الدار نفسها أو ما تأتی بها لریاح.

و أما کنس الثلج عن السطح فالظاهر أنه من وظیفه المالک کالعماره، بل لا یبعد ذلک فی ثلج العرصه إذا کثف و منع من الانتفاع لما عرفت. نعم لا بأس به مع عدم کثافته المانعه من الانتفاع إذ هو حینئذ کالکناسه فی أثناء الإجاره المعلوم عدم وجوبها علی الموجر و الله العالم.

[الفصل الرابع فی التنازع و فیه مسائل]

اشاره

الفصل الرابع: فی التنازع: و فیه مسائل

[المسأله الأولی إذا تنازعا فی أصل الإجاره فالقول قول المالک]

الأولی: إذا تنازعا فی أصل الإجاره فالقول قول منکرها الموافق للأصل سواء کان المالک أو غیره مع یمینه بلا خلاف و لا إشکال، ثم إن کان النزاع قبل استیفاء شی ء من المنافع رجع کل مال إلی صاحبه و إن کان بعده أو بعد استیفاء الجمیع الذی یزعم مدعی الإجاره أنه مورد العقد، فلا یخلو إما أن یکون المدعی المالک أو المتصرف.

فإن کان المالک و حلف المنکر انتفت و وجب اجره المثل، فان کانت أزید من المسمی بزعم المالک لم یکن له المطالبه إن کان دفعه لاعترافه باستحقاق المالک، بل یجب علیه إیصاله إلیه إن لم یکن دفعه.

و إن کان لیس للمالک قبضه بعد اعترافه بعدم استحقاقه إلا أن یکذب نفسه فی دعواه الأولی علی قول، منشؤه انحصار الحق فیهما، و إن زاد المسمی علی أجره المثل کان للمنکر المطالبه بالزائد إن کان دفعه و یسقط عنه إن لم یکن، و العین لیست مضمونه علیه فی هذه الصوره لاعتراف المالک بکونها أمانه بالإجاره.

و إن کان المدعی المتصرف فحلف المالک استحق أجره المثل، فله المطالبه إن لم یکن قبض قدرها و إن زادت عن المسمی بزعم المتصرف، و إن کان المسمی أکثر فلیس له المطالبه فی الزائد إلاـ أن یکذب نفسه بالقول السابق، و إن وجب علی المتصرف إیصاله إلیه بطریق من الطرق الشرعیه، و لو کان المتصرف قد أقبض المسمی و کان أزید من أجره المثل فلیس له المطالبه بالزائد المعترف بعدم استحقاقه إلا أن یکذب نفسه کما عرفت و إن وجب علی المالک إیصاله إلیه کذلک، و لکن العین هنا مضمونه إذا کان المالک منکرا لأصل الإذن و إلا فلا ضمان.

و کذا لو اختلفا فی قدر المستأجر بفتح الجیم، فإن القول قول المالک الذی هو المنکر غالبا فی مثل ذلک لأصاله عدم وقوعها علی أزید مما اعترف به، و احتمال التحالف- أو القول به لأن کلا منهما مدع و منکر- ضعیف مع فرض

كون الـدعوى فى أصـل وقوع الإجـاره كمـا أوضـحناه فى نظائر المسأله، و قلنا ان ضابط التحالف عـدم اتفاقهما على شـى ء من مورد العقـد، بل أحـدهما يقول آجرتك البيت، و الآخر يقول الـدابه مثلا نحو ما سـمعته فى البيع الـذى لا فرق عند التأمل بينهما بالنسبه إلى ذلك.

و كذا لو اختلفا فى رد العين المستأجره فإن القول قول المالك للأصل، و حرمه القياس على الوديعه عندنا.

أما لو اختلفا فى قـدر الأجره، فالقول قول المسـتأجر الموافق لأصل عدم الزياده على ما اتفقا عليه من قدرها و موردها و مدتها، و منه يعلم ضعف التحالف هنا كما عرفته هناك.

[المسأله الثانيه إذا ادعى الصانع أو الملاح أو المكارى هلاک المتاع و أنكر المالک كلفوا البينه]

المسـأله الثـانيه: إذا ادعى الصـانع أو الملاح أو المكارى هلاك المتاع من غير تعـد و لا تفريط و أنكر المالك، كلفوا البينه على ذلك و مع فقـدها يلزمهم الضـمان على المشـهور كما فى المسالك بل عن المرتضـى دعوى أنه إجماعنا و من متفرداتنا، الا أن معقـده الصـناع كالقصار و الخياط و ما أشـبههما إلا أنا لم نجده إلا ليونس بن عبد الرحمن على ما حكى عنه و المفيد و الشـيخ فى موضـعين من النهايه، مع أنا لم نتحققه للأول منهم، بل لعل ظاهر المحكى عنه يقتضـى ضمانهم ما جنته أيديهم، فليس حينئذ إلا المفيد و المرتضى.

و قيل: القول قولهم مع اليمين، لأنهم أمناء و هو أشهر الروايتين عملا إن لم يكن روايه أيضا إذ هو خيره النهايه فى أول كلامه، و الخلاف، و المبسوط، و المراسم، و الكافى، و المهذب، و الوسيله، و السرائر، و جامع الشرائع، و التذكره، و التحرير، و القواعد، و الإرشـاد، و المختلف، و التنقيـح، و إيضـاح النـافع، و جـامع المقاصـد، و الرياض، و المسالك على ما حكى عن بعضـها، بل عن السـرائر نسـبتها إلى الأكثرين المحصلين، و أنه الأظهر فى المذهب و عليه العمل، بل عن ظاهر الغنيه أو صريحها الإجماع عليه بل عن الخلاف عليه إجماع الفرقه و أخبارهم.

و یدل علیه مضافا إلی ذلک و إلی قاعده الأمانه

صحیح معاویه بن عمار(۱)«عن أبی عبد الله علیه السلام قال: سألته عن الصباغ و القصار فقال: لیس یضمنان».

و خبر بکر بن حبیب (۲)«قلت لأبی عبد الله علیه السلام: أعطیت جبه إلی القصار فذهبت بزعمه، قال: إن اتهمته فاستحلفه، و إن لم تتهمه فلیس علیه شی ء».

و خبره الآخر(۳)عنه أیضا «لا یضمن القصار إلا ما جنت یداه و إن اتهمته أحلفته».

و خبر أبی بصیر المرادی (۴)عنه أیضا «لا یضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائک إلا أن یکونوا متهمین، فیخوف بالبینه و یستحلف لعله یستخرج منه شیئا».

و هی و إن کان فی مقابلها أخبار أخر ک

حسن الحلبی (۵)عنه علیه السلام أیضا «فی الغسال و الصباغ ما سرق منهما من شی ء فلم یخرج منه علی أمر بین أنه قد سرق، و کل قلیل له أو کثیر فهو ضامن، فإن فعل فلیس علیه شی ء، و إن لم یقم البینه و زعم أنه قد ذهب الذی ادعی علیه فقد ضمنه إن لم یکن له بینه علی قوله».

و خبر أبی بصیر(۶)عنه علیه السلام أیضا «قال: سألته عن قصار دفعت إلیه ثوبا فزعم أنه سرق من بین متاعه؟ قال: فعلیه أن یقیم البینه أنه سرق من بین متاعه و لیس علیه شی ء فإن سرق متاعه کله فلیس علیه شی ء».

و حسن الحلبی (۷)عنه علیه السلام أیضا «أنه سئل عن رجل جمال استکری منه إبلا و بعث معه بزیت إلی أرض فزعم أن بعض زقاق الزیت انخرق فأهراق ما فیه؟

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحکام الإجاره- الحدیث- ۱۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحکام الإجاره- الحدیث- ۱۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحکام الإجاره- الحدیث- ۱۷.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحکام الإجاره- الحدیث- ۱۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۲- ۳.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۵.

۷- ۷ الوسائل الباب- ۳۰- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۱.

فقال: إن شاء أخذ الزيت و قال: انه انخرق، و لكن لا يصدق إلا ببينه عادله»

و نحوه خبر زيد(۱)الشحام.

و فی جمله من النصوص (۲)إطلاق ضمان القصار و الصائغ معللا فی بعضها بالاحتیاط فی أموال الناس، و فی أخری تقیید ذلک بما إذا لم یکونا مأمونین.

و فی

الأخری (۳)«أن علی بن الحسین و الباقر علیهما السلام کانا یتفضلان علیهم إذا کانوا مأمونین بعدم التغریم»

و یمکن حملها أجمع علی ما إذا أفسدوا بأیدیهم، بل فی بعضها إیماء إلی ذلک، و قد عرفت أن الضمان متجه لعموم من أتلف و نحوه إلا أن یحب التفضل علیهم إذا کانوا مأمونین بعدم التغریم.

و حینئذ تکون خارجه عما نحن فیه کخروج نصوص الأجیر المشترط علیه الضمان عن ذلک و النصوص المقتضیه للضمان و إن أقاموا البینه، بل لم أجد عاملا بها من أصحابنا، إلا أن النظر فی مجموع هذه النصوص و ما فیها من لفظ الأجیر المشترک و نحوه و شده اختلافها، و ما حکی عن العامه مثل ابن أبی لیلا و الثوری و أبی یوسف و الشیبانی و ابن حی و الشعبی و اللیث و الأوزاعی و مالک و الشافعی فی أحد قولیه و أحمد فی إحدی الروایتین علی اختلاف أقوالهم یقتضی خروجها مخرج التقیه بل ربما یحصل الجزم بذلک خصوصا مع ملاحظه اختلافها و اختلافهم و اتحاد بعض ألفاظها و ألفاظهم، و من هنا أعرض الأصحاب عنها إلا من عرفت، و

عملوا بالنصوص الموافقه لقاعده الأمانه و أصل البراءه و غیرها و هو الأقوی.

و کذا لو ادعی المالک علیهم التفریط بعد التصدیق فی أصل التلف فأنکروا لم یکن علیهم إلا الیمین مع التهمه خلافا لمن عرفت ممن حکم بضمانهم إلا أن یقیموا البینه علی التلف بلا تعد و لا تفریط و قد عرفت الحال فیه.

[المسأله الثالثه لو قطع الخیاط ثوبا قباء مثلا مدعیا الإذن من المالک و قال المالک أمرتک بقطعه قمیصا فالقول قول المالک]

المسأله الثالثه: لو قطع الخیاط ثوبا قباء مثلا مدعیا الاذن من المالک

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۰ من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۴- ۶- ۱۲- ۲۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۹- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۲۰.

بـذلك و قـال المالـك لم آمرك بـذلك و إنمـا أمرتك بقطعه قميصا فالقول قول المالك فى عـدم الإذن مع يمينه لأنه المنكر باعتبار أصاله عدم الإذن على الوجه المزبور إذ إنكار صفه الإذن كإنكار أصلها.

و قيـل كمـا عن وكـاله المبسوط و الخلاـف القول قول الخيـاط لأصـاله براءه ذمته من الأـرش و لاـ ريب أن الأول أشـبه بأصول المـذهب و قواعـده بـل هو المشـهور بـل لم يعرف الخلاف إلا من الشـيخ فى الباب المزبور، و إلا فالمحكى عنه هنا الموافقه، و أصـاله براءه الـذمه من الأرش بعـد الاعتراف بحصول سـببه منه الـذى هو القطع، إلا أنه يـدعى إسـقاط ترتبه على ذلك بـدعوى الإذن فيه، و أنه مستحق للأجره- لا وجه للتمسك بها، بخلاف المالك الذى لم يحصل منه إلا إنكار ذلك.

و أما قوله إنى أذنت فى قطعه قميصا فلا يقتضـى إيجاب شى ء على الخياط، إذ لو لم يحدث فيه حدثا لم يكن عليه بسبب الإذن المزبور ضمان، غايه ما فى الباب أنه لا يستحق أجره، و من هنا بان أنه لا وجه للتحالف و إن حكى عن الشافعى و بعض أصحابنا لعدم تحقق دعويين فى الفرض المزبور بل الدعوى مختصه بالخياط كما هو واضح.

و من الغريب ما عن الأردبيلى من أنه بعد أن استظهر التحالف استظهر أنه لا عليه أجره الخياط، و أنه يلزمه أرش النقص، ضروره أن ذلك يترتب على مجرد حلف المالك، فلا فائده فى يمين الخياط حينئذ.

نعم لو كان نزاعهما فى تعيين العمل المسـتأجر عليه قبل قطع الثوب اتجه التحالف و انفساخ الإجاره نحو ما سـمعته فى التنازع فى تعيين المبيع، و فرق واضح بين المقامين.

و كيف كـان ف لو أراد الخيـاط فتقه لم يكن له ذلـك إذا كـانت الخيوط من الثوب أو من المالـك بلاـ خلاف أجـده بين من تعرض له، بـل و لاـ إشـكال، لحرمه التصـرف فى مـال الغير، و ليس له إلاـ العمـل، و هو ليس عينا حقيقه يمكن انتزاعها من مال الغير، فهو حينئذ كما لو نقل ملك غيره من موضع إلى آخر

عدوانا، فإنه ليس له رده، إلا بمطالبه المالك إذ الفرض ثبوت انتفاء الاذن فيه بحلف المالك.

و لذا كان لا- أجره له، بل عليه الأرش و هو تفاوت ما بين قيمته مقطوعا قميصا و غير مقطوع، لا تفاوت ما بين قيمته مقطوعا قميصا و قيمته مقطوعا قباء، لأن قطعه قباء عدوان، لأنه عمل لم يأذن فيه المالك.

نعم لو لم يتفاوت القميص و القباء فى بعض القطع أمكن أن لا يجب أرشه لكونه من جمله المأذون بل لا يبعد استحقاقه الأجره على ذلك إن كانت، و كذا الكلام فيما لو قال اقطعه قميص رجل، و قطعه قميص امرأه.

و لو كانت الخيوط للخياط كان له أخذها لقاعده «الناس مسلطون على أموالهم» و عدوانيته بظاهر الشرع لا تسقط حرمه ماله، و اعترافه أنها ملك للمالك تبعا للعمل الذى قد ادعى أنه قد استأجره عليه لا ينافى استحقاق أخذها و لو على جهه المقاصه أو لانفساخ العقد بتعذر دفع الأجره.

نعم لو حصل نقص فى الثوب باستخراجها اتجه وجوب الأرش عليه بل الظاهر عدم جبره على القبول لو دفع المالك قيمه الخيوط و ان احتمل، كما أنه لا يجبر المالك على القبول لو بذل الخياط قيمه الثوب، و لو أراد المالك شد خيط فى كل خيط حتى إذا سله عاد خيط المالك فى مكانه لم يجب الإجابه قطعا لاستلزامه التصرف فى مال الغير المتوقف على طيب النفس و الله العالم.

[کتاب الوکاله]

کتاب الوکاله بفتح الواو و کسرها و هی التفویض، و شرعا الاستنابه المخصوصه، و لا ریب فی مشروعیتها بل لعله من ضروره الدین، فلا حاجه الی الاستدلال علیه بقوله تعالی (۱)«فَلْیَأْتِکُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ»(۲)«و اذْهَبُوا بِقَمِیصِی هذا» کی یناقش بعدم کون الثانی من الوکاله، بل و الأول المحتمل أنه من الإذن لا منها کما ستعرف تفصیل ذلک.

و علی کل حال فتمام الکلام فیه یستدعی بیان فصول:

[الفصل الأول فی العقد]

الأول: فی العقد و هو ما قصد فیه الدلاله علی ال استنابه فی التصرف و لو بالقول کاجراء الصیغه و نحوها، فلا یدخل فیه الودیعه و المضاربه و نحوهما مما لم یکن المقصود منه ذلک، و أما الوصایه فهی إحداث ولایه لا استنابه، کما أنه لا یشکل بخروج الوکاله فی القول عنه.

علی أنک قد عرفت غیر مره أن المراد من أمثال هذه التعریفات الکشف فی الجمله شبه التعریفات اللفظیه فلا جهه للإطناب فی ذلک طردا و نقضا کما أنه ذکرنا غیر مره أیضا کون المراد فی نحو المقام بیان کون الوکاله من قسم العقود بالمعنی الأعم الشامل

للمعاطات بناء علی مشروعیتها فیها، بمعنی أنها لیست من الإیقاع.

و أما عقدها بالمعنی الأخص فمعلوم أنه المرکب من القولین إیجابا و قبولا، و أما المرکب من القول فی الإیجاب و الفعل فی القبول فربما ظهر من جماعه کونه

۱- ۱ سوره الکهف الآیه- ۱۹.

۲- ۲ سوره یوسف الآیه- ۹۳.

منه فى العقود الجائزه لكن إن لم يكن إجماع فيه بحث.

نعم لا- يعتبر فيه لفظ مخصوص، بل قد عرفت سابقا قوه ذلك فى العقد اللازم فضلا عن الجائز و حينئذ فما عدا ذلك من المعاطاه فى ذلك العقد التى لا ريب فى مشروعيتها بالسيره المستمره عند القائل بها، و إن كان التحقيق أنها إذن لا وكاله، و بذلك يظهر لك التشويش و الاجمال فى كلام جمله من الأصحاب حتى قول المصنف.

و لا بد فى تحققه من إيجاب دال على القصد كقوله: وكلتك أو استنبتك أو ما شاكل ذلك. و لو قال: وكلتنى على الاستفهام التقريرى أو التحقيقى فقال:

نعم و قال: قبلت بعد قوله نعم أو أشار بما يدل على الإجابه كفى فى الإيجاب.

و أما القبول: فيقع باللفظ كقوله: قبلت أو رضيت أو ما شابهه، و قد يكون بالفعل، كما إذا قال: وكلتك فى البيع فباع فإنه إن كان المراد منه بيان العقد بالمعنى الأخص أشكل الاكتفاء بالإشاره التى هى من الافعال خصوصا بعد ظهور ما سبق منه فى غير المقام من اعتبار اللفظ فى إيجاب العقد الجائز.

و فى الحواشى المنسوبه للشهيد عن التحرير اعتبار النطق مع القدره، و الاكتفاء بالإشاره مع العجز قال: و هو الأقوى، بل قد يشكل الاكتفاء فيه بما ذكره أيضا من الجواب بنعم على الأول و لو مقصودا بها الإنشاء، فإن تحقق العقد بذلك محل منع، بناء على اعتبار تأخر القبول فيه عن الإيجاب، إذ لم نعثر على ما يدل على خصوصيه لعقد الوكاله من بين العقود الجائزه، و دعوى الاكتفاء بذلك فى جميعها لا دليل عليها، كما أنه لا خصوصيه لمفهوم العقد فى العقد الجائز، و إنما الفرق بينه و بين اللازم اعتبار اللفظ المخصوص فيه دونه، مع انک قد عرفت البحث فى اعتباره فيه.

و حينئذ فيتحد المراد به فى الجميع، كما أنه يتحد الحكم بالمعاطاه فى غيره مع فرض اتحاد الإنشاء و القصد، و أنه لم يفقد إلا الصيغه و هذا كله واضح خصوصا بعد الإحاطه بما سلف لنا فى الكتب السابقه.

إنما الإشكال فيما عساه يظهر من التذكره و بعض الشافعيه من الاكتفاء فى

قبول عقد الوكاله بالرضا النفسانى و الرغبه النفسانيه من غير حاجه إلى دال عليه من لفظ و نحوه كما ترى.

و كأن الذى دعاه إلى ذلك ما ظاهرهم الاتفاق عليه من تحقق الوكاله بما ذكره المصنف من القبول الفعلى الذى هو أثر من آثار الوكاله، بل جوازه و صحته موقوف على تحققها، فلا يصلح أن يكون قبولا لها مصطلحا، ضروره اقتضائه عدم تحقق الوكاله قبل تمامه، فيقع الفعل حينئذ قبل اتصافه بالوكاله.

و دعوى الاكتفاء بالمقارنه واضحه المنع، ضروره منافاتها لأصاله بقاء المال مثلا، و ليس هو كقبول المعاطاه مثلا فى البيع بالفعل لعدم منافاته لتماميه البيع بتمامه و كذا الوديعه و العاريه و المضاربه و غيرها بخلاف المقام الذى تتوقف صحه الفعل المفروض جعله قبولا على تحقق الوكاله المتوقفه عليه، و من هنا احتاج العلامه إلى دعوى الاكتفاء بالقبول المزبور.

و لكن فيه أولا: أنه مناف لما ظاهرهم الإجماع عليه من كون الوكاله من العقود التى لا يكفى فى قبولها مثل هذا القبول الذى هو كامتثال الأوامر و قضاء الحوائج و إجابه الالتماس و نحو ذلك مما هو معلوم أنه ليس قبول عقد.

و ثانيا: أن المسلم من المتفق عليه وقوع قبولها عقدا أو معاطاه بالفعل، و لا يستلزم ذلك كونه الفعل الذى هو أثر من آثار الوكاله و متعلق من متعلقاتها، بل يكون بفعل أجنبى من إشاره و فعل مقدمات الوكاله، و نحو ذلك من الأفعال التى يقصد بها قبول الوكاله و داله عليه.

و أما الأول فلا إجماع عليه، و إنما المسلم منه الصحه، و هى لا تستلزم الوكاله لما هو معلوم من مشروعيه الإذن و امتثال الأمر، و يترتب عليه ما يترتب على الوكاله من صحه البيع و نحوه، و إن لم يكن وكيلا، و قد صرح فى التذكره بأن قول القائل بع كتابى هذا و نحوه لا يكاد يسمى إيجاب وكاله، بل هو أمر و إذن و إعلام، بل قال فيها: إن قوله أذنت لك فى كذا ليس صريحا فى إيجاب الوكاله و هو كذلك، و لو

سلم فقد يحمل على من و كل على أفعال متعدده، ففعل الأول منها بالإذن فيه قاصدا به إنشاء قبول الوكاله فيكون صحته مستنده إلى الإذن لا الوكاله، و ما بعده من الأفعال إلى الوكاله.

و من الغريب ما فى المسالك من تأييد قوله بحكم الأصحاب بانعزال الوكيل بعزله نفسه الذى لا إشكال فى ابتنائه على العقديه، و إلاـ فالإـذن المجرده عنه لاـ ينعزل المـأذون بهـا بعزله نفسه، بل لو أراد العود إلى فعله جاز له الفعل نحو إباحه الطعام مع جهل الإذن، بل و مع علمه الذى لا ينافى بقاؤها فى ثانى حال المأذون.

إذ هو كمـا ترى، ضـروره أن الأصـحاب لم يـذكروا إلاـ انعزال الوكيـل بعزله نفسه، و الوكاله غير منحصـره فى هـذا الفرد الـذى اكتفى العلامه فى القبول، لما عرفت و تأييده حينئذ بتصريح المصنف و غيره من الأصحاب بكونه وكاله أولى من تأييده بالحكم المزبور الذى له مورد غير هذا على وجه لا ينافى الوكاله فيه، و اجراء حكم الاذن عليه كما هو واضح بأدنى تأمل.

و قـد تلخص بما ذكرناه فى المقام و فى الوديعه و العاريه أن الوكاله من العقود بالمعنى الأعم الشامل للمعاطات التى يقصـد فيها ما يقصـد بالعقد و لم تفقد سوى صـيغته بناء على شـرعيتها فيها وكاله، فإن السـيره فيها أقوى من السـيره فيها فى البيع و نحوه من العقود اللاـزمه و حينئـذ فمـا كـان منهـا على كيفيه غيرهـا من العقود من ألفـاظ إيجاب و ألفاظ قبول كانت وكاله عقـديه، و إلا كانت وكاله معاطاتيه.

نعم فيمـا كـان إيجـاب لفظى و قبول فعلى منهـا البحث السابق فى أنه من العقـد أو المعاطاه، و قـد ذكرنا سابقا أنه إن قام إجماع على أنه من العقد و إلا فهو معاطاه الاذن ضروره معلوميه كون العقد اسما للألفاظ من غير فرق بين الجائز و اللازم.

نعم ربمـا فرقوا بينهمـا باعتبـار الصـيغ المخصوصه فى الأـول دون الثـانى، و قـد تقـدم لنـا المناقشه فى ذلك غير مره إن لم يكن إجماعا، و قلنا يكفى فيهما كل عباره صالحه لإنشاء الدلاله على ذلك، إذا كانت جاريه مجرى الخطاب الصحيح.

و حينئذ يكون العقد الجائز و اللازم بالنسبه إلى ذلك على حد سواء كما أن الوكاله حينئذ إما عقد أو معاطاه عقد إن قلنا بشرعيتها فيها وكاله، و ما وقع من بعض متأخرى المتأخرين- ممن لا يبالى بما هو كالضرورى عند الأصحاب من إنكار كون الوكاله من سنخ العقود أصلا- لا ينبغى الإصغاء إليه، بل تسويد الورق فى رده من السرف و التبذير.

نعم لا إشكال بل و لا خلاف فى مشروعيه الاذن و الأمر اللذين يترتب عليهما صحه الأفعال الواقعه عنهما و ليسا من الوكاله فى شى ء لعدم العقد لفظا فيهما و عدم قصد معناه الذى هو الربط بين الإيجابيه و القبوليه، بل هما مجرد رخصه و أمر و إذن و إعلام فى الفعل و يترتب عليه صحه الفعل المأمور به نحو الفعل الموكل فيه، و بذلك يظهر لك التشويش فى جمله من كلمات الأصحاب الذين لم يحرروا ذلك بهذا التحرير.

و لعل منه ما ذكروه فى باب الوكاله من أنه لو تأخر القبول عن الإيجاب فيها لم يقدح فى الصحه و لو إلى سنه فصاعدا مستدلين عليه بمعلوميه الصحه نصا و فتوى ف ى ان الغائب يوكل و لا ريب فى أن القبول يتأخر و بالنصوص المتضمنه للأمر لأشخاص فى بلاد نائيه بإنفاذ طلاق و تزويج و بيع و شراء و نحو ذلك.

و لكن فيه: إنا لم نجد فى شى ء منها ما يقتضى كونه وكاله، بل يمكن أن يكون جميعه من باب الأمر و الاعلام و الإذن و نحو ذلك، فلا ينبغى أن يستفاد منه صحه تأخير القبول فى الوكاله حتى فى الحاضر الذى يقول لآخر وكلتك أو أنت وكيلى فيسكت ثم يقول بعد سنه مثلا قبلت مما هو غير جار مجرى الخطاب العربى فلا ينبغى التأمل فى فساد الاستدلال المزبور.

نعم إن تم إجماعهم و لا أظنه بل ظنى عدمه خصوصا بعد عدم تحريرهم البحث كما ذكرناه- كان هو الحجه و إلا كان مقطوعا بفساده، و ما يقع من الغائبين حينئذ بعضهم مع بعض كله من الإذن و الأمر، و الله العالم بحقيقه الحال.

و كيف كـان ف من شـرطها أن تقع منجزه كغيرهـا من العقود بلاـ خلاـف أجـده فيه، بـل الإجماع بقسـميه عليه، لمنافاته مقارنه ترتب السـبب على المسـبب المسـتفاد مما دل على تسبيب العقود فلو علقت على شـرط متوقع كمجى ء زيـد أو وقت متجـدد لم تصـح بل قيل: إنه كذلك فى التعليق على أمر محقق نحو إذا كانت الشـمس طالعه فأنت وكيلى، لا لفوات المقارنه المزبوره، بل للشك فى تناول الإطلاقات لمثل ذلك، فيبقى حينئذ أصل عدم ترتب الأثر بحاله.

نعم لو تجز الوكاله و شـرط تأخير التصـرف جاز بلا خلاف أيضا فيه بل فى التـذكره و المسالك الإجماع عليه مضافا إلى إطلاق الكتاب و السنه، و عموم (۱)

«المؤمنون عند شروطهم»

السائغه التى لم تخالف سـنه و لا كتابا، ضروره عدم كون الفرض من التعليق فى شى ء، فإن المراد به اشتراط تأخير وقوع الأثر لا اسـتحقاق وقوعه الحاصل بعقد الوكاله، إلا أنه لما لم يظهر أثر ثبوت هذا الاستحقاق ذكر غير واحد أنه فى معنى التعليق. لكن لا دليل على البطلان به.

و فيه أن الاسـتنابه حصـلت بتمام العقد و إن اشترط عليه عدم وقوع ما هو نائب فيه بعد شـهر مثلا نحو الوكيل الثابته وكالته الذى أمره الموكل بعدم التصرف، فإنه لا تنافى

وكالته التى تظهر له ثمرتها بغير ذلك كدعوى التلف و غيرها و كان هذا هو السبب فى فرق الأصـحاب بينهما على وجه يقتضى أنه ليس من التعليق فى شى ء و هو كذلك.

و على كـل حـال ففى جواز التصـرف فى الوكـاله المعلقه عنـد حصول مـا علقت عليه وجهـان: بل قولان: منشؤهما أعميه بطلان الوكـاله من الإـذن، فيصـح التصـرف بها و إن بطلت الوكاله للتعليق المنافى لها نحو ما قالوه فى القراض الباطل الـذى حكموا فيه بأجره المثل، و من أن الإذن لم تحصل إلا فى ضمن الوكاله المفروض بطلانها،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

و الجنس لا يبقى فصله، و الحكم بالقراض كذلك أيضا إن لم يكن إجماعا.

قلت: قد يقال: إنه يفهم من ذلك عرفا بقاء الإذن، و إن بطلت الوكاله، و لعله لخفاء الفرق بينهما بعد اشتراكهما فى النيابه شرعا عن المالك، و إن فقدت الاذن المراده بقصد الاستنابه التوكيليه، بل لعله لا فرق بينهما فى المعنى، و لكن ان أديت بصوره العقد كانت وكاله و اختصت بأحكام، و الا كانت إذنا لا وكاله فمع فرض بطلان ما اقتضى كونها وكاله بالتعليق و نحوه بقيت الإذن.

و حاصل ذلك يرجع إلى أن العقد بالمعنى الأخص أو الأعم هنا من مشخصات الفرد التى مع انتفائها لا ترتفع الحقيقه ضروره أن مشخصات زيد مثلا لو ارتفعت لم ترتفع الإنسانيه عنه.

و بذلك كله ظهر لك فساد بناء المسأله على مسأله بقاء الجنس و عدمه المفروغ منها عندهم، كما أنه يظهر لك فساد المناقشه فى دعوى بقاء الاذن مع بطلان الوكاله بأنه من المعلوم أن الفاسد هو الذى لا يترتب عليه أثر فلا يجامع صحه الآثار بطلان الوكاله ضروره اختصاص البطلان حينئذ بالآثار المترتبه على الوكاله المفروض فسادها لا كل أثر، و إن كان مشتركا بينها و بين الإذن كما هو واضح.

و دعوى الشك فى ترتب الاحكام فى مثل العقود الناقله على مثل هذا الاذن، خصوصا مع المخالفه لقاعده حرمه التصرف فى مال الغير، و أصاله بقاء المال على ملك مالكه لا محصل لها بعد فرض تحقق الإذن.

و كذا يظهر أيضا ما فى التذكره من التشويش فى المسأله فإنه بعد أن ذكر بطلان الوكاله بالتعليق مدعيا عليه الإجماع على الظاهر، قال ما حاصله إن البطلان به إنما يتحقق فيما لو كانت بجعل، فيرجع إلى أجره المثل كما فى المضاربه، بل ربما ظهر من بعض كلماته أنه كبطلان المهر فى النكاح و الجميع كما ترى، و نحوه فى الرياض فلاحظ و تأمل.

و من شرطها أيضا عدم التوغل فى الإبهام على وجه يشك فى مشروعيه الوكاله

فيه نحو وكلتك من غير تعيين، أو على أمر من الأمور، أو على شى ء ما يتعلق بى و نحو ذلك، و لعله المراد مما فى الرياض لا تصح على المبهم و المجهول بلا خلاف فيما أعلم إلى آخره، بل عن المبسوط و بعض الشافعيه لو وكله فى شراء عبد افتقر إلى وصفه فى الجمله لينتفى معظم الغرر و حينئذ لا يجب الاستقصاء فى الوصف إجماعا بقسميه، بل و لا على نحو التسلم و شبهه مما اعتبر فيه العلم.

نعم لو أطلق أى وكله مطلقا من دون أن يذكر وصفا لم يصح للغرر و إليه أشار المصنف بقوله على قول و لكن الوجه عندنا الجواز (۱۱) كما هو صريح التذكره و المختلف و غيرهما، بل لا أجد فيه خلافا بيننا من غيره، لإطلاق الأدله و عمومها، و خصوص أمر النبى صلى الله عليه و آله و سلم (۱)عروه البارقى بشراء شاه، بناء على أنه من التوكيل الذى هو قسم من الإذن و الأمر اللذين لا خلاف و لا إشكال فى جواز تعلقهما بنحو ذلك، على أنه ربما يتعلق غرض بمطلق العبد و الشاه الموافقين لمصلحه الموكل.

و بذلك ظهر لك بطلان ما أطنب فيه فى المسالك مما هو ناش من عدم اصابه المراد فى العباره حيث جعل قوله «و لو أطلق» مسأله مستقله، لا أنها تمام الأولى، و أن قوله «على قول» راجع إلى الجميع، فأشكل عليه الحال، و كأنه تبع بذلك المحقق الثانى فى عباره القواعد، لكن هى ليست مثل عباره المتن.

قال: «الثالث أن يكون معلوما نوعا من العلم لينتفى أعظم الغرر، فلو وكله فى شراء عبد افتقر إلى وصفه لينتفى الغرور، و يكفى لو قال عبدا تركيا و إن لم يستقص فى الوصف، و لو أطلق فالأقرب الجواز» و إن أمكن أيضا تنزيلها على ما ذكرنا، و مرجعها حينئذ إلى عدم اقتضاء الشرط المزبور عدم جواز ذلك، فإن كونه عبدا نوع من العلم، نحو

قول النبى صلى الله عليه و آله و سلم لعروه «اشتر لنا شاه»

و يكون ما ذكره أولا على طريق تقرير كلام القائل، و الأصل فى هذا الشرط الشافعيه، و قد عرفت صحته

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۶۲.

فى الجمله، ببعض الأمثله التى ذكرناها، و إنما الكلام معهم فى بعض الأمثله، كالوكاله فى شراء العبد، و قد وافقهم عليه الشيخ فى محكى المبسوط خاصه.

و ربما حكى عن الشهيد أيضا موافقه بعضهم على التفصيل بين عبد القنيه، و عبد التجاره، فيعتبر الوصف فى الأول دون الثانى، و عن بعض منهم: التفصيل بين ذكر الثمن و عدمه، فيعتبر الوصف فى الثانى دون الأول، و الجميع كما ترى مناف لإطلاق الأدله و عمومها، و عدم الضابط لما ذكروه من الوصف.

نعم فى القواعد موافقتهم على عدم صحه الوكاله لو قال: وكلتك على كل قليل و كثير، لتطرق الغرر و عدم الأمن من الضرر، قال: «و لو قال: بما إلى من كل قليل و كثير، فإشكال» و فرق فى التذكره بين الإضافه إلى نفسه و عدمه، فحكم بالبطلان فى الثانى دون الأول.

قال: «و لو ذكر الإضافه إلى نفسه فقال: وكلتك فى كل أمر هو إلى أو فى كل أمورى، أو فى كل ما يتعلق بى، أو فى جميع حقوقى أو فى كل قليل و كثير من أمورى، أو فوضت إليك جميع الأشياء التى تتعلق بى، أو أنت وكيلى مطلقا فتصرف فى مالى كيف شئت، أو فصل الأمور المتعلقه به التى تجرى فيها النيابه، فقال:

وكلتك على بيع أملاكى و تطليق زوجاتى و بيع عبيدى، أو لم يفصل على ما تقدم.

فالوجه عندى الصحه فى الجميع».

قلت: و هو كذلك للعموم الذى هو أحد الطرق فى رفع الإبهام، ضروره قيامه مقام الاستقصاء فى التفصيل الذى لا إشكال فى الصحه معه، فليس فى شى ء من المفروض غرر الوكاله حينئذ، و لا يحتاج إلى رفعه بدعوى التقييد بالمصلحه التى هى فى غايه الخفاء فى الأمور المنتشره، فلا تصلح رافعه للغرر.

نعم يشكل عليه الفرق المزبور باتحاد المراد من العبارتين مع الإضافه إلى نفسه و عدمها، و لو بقرينه التوكيل إذ لا يعقل توكيل شخص آخر فيما لا- يملكه الموكل كما أنه يشكل ما فى القواعد أيضا «من أن التوكيل بالإبراء يستدعى علم الموكل بالمبلغ المبرء عنه، و لو قال: ابرءه من كل قليل و كثير جاز، و لا يشترط

علم الوكيـل و لاـ علم من عليه الحق» بـأنه لا دليل على اعتبار علم الموكل فى الوكاله على الإبراء، بل قـد يظهر من المحكى عنه فى التذكره الإجماع على ذلك.

قـال: «لو وكله فى أن يبرأه من الـدين الـذى عليه صـح، و إن لم يعلم الموكـل قـدره و لاـ الوكيل عنـدنا» و نزل كلامه فى جامع المقاصـد على إراده التوكيل على قـدر مخصوص من الدين، لا جميع ماله عليه، فإنه يشترط حينئذ علم الموكل بقدر الذى يريد إبراءه منه، و هو كما ترى و الأمر سهل بعد ما عرفت التحقيق فى المسأله و الله العالم.

و كيف كان ف هى عقـد جائز من طرفيه بلا خلاف أجـده، بل الإجماع بقسـميه عليه، مضافا إلى ما يسـتفاد من نصوص المقام، خصوصا بالنسبه إلى الموكل، و حينئذ فللوكيل أن يعزل نفسه مع حضور الموكل و مع غيبته فينعزل حينئذ و إن لم يعلم بذلك، إذ احتمـال توقف انعزاله على علم الموكـل مناف لأصول المـذهب و قواعـده، بعـد اختصاص النصوص فى صوره عزل الموكل على وجه لا تقبل انـدراج مثل هـذه الصوره فيها، كما تسـمع بعضـها بل لم أجد من احتمله ممن يعتد بقوله إلا ما عساه يظهر من المسالك، و يتوهم منها فإنه لا يخلو من تشويش، و ما فى شرح الإرشاد للتونى من الميل إلى ذلك.

نعم يحتمـل بقاء جواز التصرف له على نحو ما سـمعته فى الوكاله المعلقه، بل فى المسالك «إن المقام لا يخلو من رجحان على ذلك، من حيث أن الإذن هنا صحيحه جامعه للشرائط، بخلاف السابق، فإنه معلق» و فى صحته ما قد عرفت.

و من ثم جزم فى القواعـد ببقـاء الصـحه هنا، و جعل الصـحه هناك احتمالا، و فى التـذكره عكس، و اسـتقرب هناك بقاء الإذن الضـمنى، و جعـل بقـاءه هنـا احتمالاـ و فى التحرير و الإرشـاد أطلق القول بالبطلاـن فيهمـا كمـا هنـا، فقـد صار للعلامه (ره) فى المسـئلتين ثلاـثه أقوال، و ان كـان فيه إن التعليق إنمـا هو فى الوكـاله لاـ الإـذن التى لاـ يقـدح فيهـا، فهى مع فرض بقائها جامعه لشرائط الصحه أيضا، و قد تقدم

الوجه فی دعوی بقائها، و أنه لیس مسئله بقاء الجنس بعد ارتفاع الفصل المعلوم عدمها عندهم فی غیر الوکاله من العقود، بل هو دعوی الفهم عرفا، أو دعوی عدم الفرق بین الإذن و الوکاله إلا بالعقدیه، أو ما فی معناها مما هو من المشخصات الخارجیه.

فیکون الحاصل حینئذ أن الإذن إن أدیت بصوره العقد أو معاطاته کانت وکاله، و إلا فهی إذن، فإذا اتفق عروض ما یفسد العقد من تعلیق أو لحن أو عزل أو نحو ذلک تبقی، لعدم کونه مشخصا ذاتیا لها، و إنما هو مقارن لها سمیت بسببها وکاله، و لحقها أحکام رتبها الشارع علیها، و بذلک ظهر لک الوجه فی جمیع ما وقع من العلامه و غیره من دعوی تحقق الفهم عرفا فی بعض دون آخر.

نعم قد یشک فی بقاء الإذن بعد علم الموکل ما لم تقم قرینه حالیه أو مقالیه ببقائها علی جمیع الأحوال، و إلا انقطعت متی قارنها الرد، فلا یجوز التصرف حینئذ بعده إلا بإذن جدید، و لعل ذلک مختلف باختلاف الأحوال، و إن أبیت عن ذلک کله کان التحقیق بطلان عقد الوکاله بالتعلیق، و فسخ الوکیل بعد فرض عدم صدور غیر اراده عقد الوکاله من العاقد.

نعم لا بأس بذلک و نحوه فی الإذن التی هی لیست من العقود التی تبطل بذلک، لکن لما لم ینقحوا الفرق بین الإذن و عقد الوکاله ظنوا أن ذلک جائز فی عقد الوکاله، و لا ریب فی أنه اشتباه.

نعم لو أراد بما ذکره من العباره المؤدیه للنیابه ذلک، لم یکن إشکال فی البقاء، بل لو شک فی کون المراد له الإذن أو الوکاله فی المعلق مثلا، حمل علی الأول، لأصل الصحه، بل لو زعم أن مثل ذلک وکاله لم یقدح فی ترتب الحکم المزبور.

و لعل هذا هو السر فیما وقع من بعض لعدم تنقیح الأمر بین الإذن و الوکاله التی هی اسم للعقد المخصوص الذی لا إشکال فی جریان أحکام العقود علیه، ضروره

عدم مخرج له عنها و الله العالم.

هـذا كله فی العزل من طرف الوكيـل، و أمـا الأـخر فلا خلاف أيضا و لا إشـكال فی أن للموكل أن يعزله لكن بشـرط أن يعلمه العزل و حينئـذ ف لو لم يعلمه لم ينعزل بالعزل و قيل: كما عن النهايه و القاضـی و الحلبی و ابنی حمزه و زهره إن تعـذر إعلامه فأشهد عليه انعزل بالعزل و الاشهاد بل عن الأخير الإجماع عليه.

و قيل: كما فی قواعد الفاضل أنه ينعزل بالعزل أيضا و إن لم يعلمه علی رأی، و قد حكاه غير واحد عنه.

و علی كل حال فلا ريب فی أن الأول أظهر لا لما ذكر من بعض الاعتبارات التی هی غير تامه بل للنصوص المعتبره ك

صحيـح ابنی وهب و يزيد(۱)عن الصـادق عليه السـلام «من وكل رجلا علی إمضاء أمر من الأمور فالوكاله ثابته أبـدا حتی يعلمه بالخروج منها، كما أعلمه بالدخول فيها».

و صحيح ابن سالم (۲)عنه عليه السـلام أيضا «فی رجل وكل آخر علی وكاله فی أمر من الأمور و أشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر، فقال:

اشهدوا أنی قد عزلت فلانا عن الوكاله، فقال: إن كان الوكيل أمضی الأمر الذی وكل فيه قبل العزل، فإن الأمر واقع ماض علی ما أمضاه الوكيل، كره الموكل أم رضـی، قلت: فان الوكيل قـد أمضـی الأمر الـذی قـد وكل فيه قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكـاله فالأـمر علی مـا أمضـاه؟ قال: نعم قلت: فان بلغه العزل قبل أن يمضـی الأمر ثم ذهب حتی أمضاه لم يكن ذلك بشـی ء؟ قال: نعم إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبدا و الوكاله ثابته حتی يبلغه العزل عن الوكاله بثقه يبلغه أو يشافهه بالعزل عن الوكاله».

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحكام الوكاله الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب أحكام الوكاله الحديث- ۱.

و صحیح العلاء بن سیابه(۱)عن الصادق علیه السلام المتضمن للإنکار علی من فرق فی هذا الحکم بین النکاح و غیره، فینعزل فی الأول بالإشهاد بخلاف الثانی، فلا ینعزل إلا بالعلم، و الاستدلال علیهم ب

قضاء أمیر المؤمنین علیه السلام فی الامرأه التی استعدته و قد وکلت أخاها «فقال: یا أمیر المؤمنین إنها وکلتنی و لم تعلمنی أنها عزلتنی عن الوکاله حتی زوجتها کما أمرتنی.

فقال لها: ما تقولین؟ قالت: قد أعلمته یا أمیر المؤمنین فقال: لها أ لک بینه بذلک؟ فقالت: هؤلاء شهودی یشهدون فقال لهم ما تقولون؟ قالوا نشهد أنها قالت اشهدوا أنی قد عزلت أخی فلانا عن الوکاله بتزویجی فلانا، و إنی مالکه لأمری قبل أن یزوجنی، فقال: أشهدتکم علی ذلک بعلم منه و محضره فقالوا: لا فقال: تشهدون أنها أعلمته العزل کما أعلمته الوکاله، قالوا: لا قال: أری الوکاله ثابته، و النکاح واقعا. أین الزوج فجاء فقال: خذ بیدها بارک الله لک فیها، فقالت: یا أمیر المؤمنین أحلفه أنی لم أعلمه العزل و أنه لم یعلم بعزلی إیاه قبل النکاح، قال: و تحلف؟ قال نعم: یا أمیر المؤمنین فحلف و أثبت وکالته و أجاز النکاح».

و ترک الاستفصال فیه مع إطلاق غیره حجه علی المفصل، کما أن الجمیع حجه أیضا علی الفاضل الذی لم أعرف موافقا له علی ذلک قبله، و لا دلیلا معارضا للنصوص المزبوره سوی الأصل

المقطوع بها و سوی دعوی وجود روایه بذلک لم نتحققها.

فمن الغریب إعراضه عن هذه النصوص التی عمل بها فی الجمله من لم یعمل بأخبار الآحاد، و ما هو إلا لکونها متواتره عنده أو قطعیه، و من هنا یمکن تنزیل کلام الفاضل علی إراده بطلان الوکاله بالعزل الذی یتبعه بطلان الجعل فیها لو کان، و إن نفد تصرفه قبل العلم بهذه النصوص، إذ لا منافاه بین بطلانها بالعزل المزبور الذی هو مقتضی الضوابط و بین نفوذ التصرف فیما بینه و بین العلم بذلک، للنصوص، لکن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب أحکام الوکاله الحدیث- ۲.

يدفعه ظهور النصوص المزبوره فی بقاء نفس الوكاله.

اللهم إلا أن يحمل على إراده هذا المعنى، و هو مع منافاته لظاهر الفتوى لا مقتضى له، و مجرد احتماله لا ينافى العمل بالظاهر.

و حينئذ ف لو تصرف الوكيل قبل الإعلام، مضى تصرفه على الموكل فلو وكله على استيفاء القصاص ثم عزله، فاقتص قبل العلم بالعزل وقع القصاص موقعه فضلا عن غيره مما هو أسهل منه، و المراد بالعلم فى المتن و غيره ما يشمل شهاده الشاهدين، بل و خبر العدل كما سمعته فى صحيح هشام، لكن ستعرف الكلام فيه فى الفصل الخامس عند البحث عن ثبوت الوكاله.

و هل المأذون بلا عقد وكالته كذلك بالنسبه إلى الحكم المزبور؟ وجهان: من كون الحكم مخالفا للقاعده، فيقتصر على ما تضمنته النصوص من الوكيل، فيبقى غيره على مقتضاها، و من كونه وكيلا فى المعنى و احتمال إراده التفويض من الوكاله فى النصوص السابقه، و لعله لا يخلو من قوه و الله العالم.

و تبطل الوكاله ب عروض الموت للوكيل قطعا، ضروره اقتضائها نيابه لا تنتقل إلى الوارث، كما أنها تبطل بموت الموكل أيضا، لما قيل: من أنه بموته ينتقل جميع ماله لوارثه، فينتفى موضوعها، و فيه: أنه يمكن بقاء مال من تركته على حكم ملكه، كثلثه، و إنما العمده الإجماع. و لعله لاعتبار استدامه الإذن فى صحه الوكاله، و بالموت يخرج عن الأهليه لذلك.

و على كل حال فلا خلاف فيما أجده فى بطلان تصرف الوكيل حينئذ بعد الموت و إن لم يعلم موته، كما فى غيره من الفواسخ، و لا يقاس شی ء منها على مسأله العزل، لحرمه القياس عندنا.

على أنه

فى المرسل (۱)عن أبی عبد الله عليه السلام «فی رجل أرسل يخطب له امرأه و هو

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۸- من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد الحديث- ۲.

غائب، فأنكحوا الغائب و فرضوا الصداق ثم جاء خبره أنه توفى بعد ما سيق الصداق فقال: إن كان أملك بعد ما توفى فليس لها صداق و لا ميراث، و إن كان أملك قبل أن يتوفى فلها نصف الصداق، و هى وارثه و عليها العده».

نعم فى المسالك و غيرها لا تبطل الأمانه لبطلان الوكاله هنا، فلو تلف العين الموكل فيها فى يده بغير تفريط لم يضمن، و كذا لو كان وكيلا فى قبض حق فقبضه بعد موت الموكل قبل العلم به، و تلف فى يده بغير تفريط، لكن يجب عليه المبادره إلى إيصال العين إلى الوارث، فإن أخر ضمن كالوديعه.

قلت: و هو كذلك لصيروره المال حينئذ فى يده أمانه شرعيه، و حكمها كذلك إلا أنه لا بد من التأمل فى قوله: «و كذا» ضروره أنه مع فرض إرادته ما يشمل الدين و نحوه قد يشكل، بأن المال المقبوض هو ملك الدافع، لانكشاف عدم وكاله القابض.

و حينئذ عدم ضمانه لصاحبه- مع أنه قد دفع على وجه خاص و هو كونه وفاء- مشكل، و إلا لاقتضى عدم ضمان المقبوض بعنوان الشراء مثلا للموكل الذى قد تبين موته قبل الشراء، و غير ذلك من الأمثله التى يصعب على الفقيه التزامها.

و لعله من هنا غير العباره فى الكفايه فقال: «و كذا لو وكله على قبض عين» إلى آخره فإن عدم الضمان- حينئذ مع فرض كونها للموكل- لكونها حينئذ من الأمانات الشرعيه التى لم تقبض على جهه الضمان، بخلاف المقبوض وفاء أو شراء أو نحوهما.

نعم قد يقال: إن مرجع ضمان الوكيل على الموكل، و إن بان بطلان وكالته و لتحقيق ذلك محل آخر، و إن كان الذى يقوى الآن عدمه، للأصل السالم عما يقتضى الضمان من التسبيب و غيره، لكن قد يقال: إن القبض لا على جهه الضمان لا ينافى ثبوته عليه بعد حصول مسببه الذى هو «على اليد».

و دعوى- أنه أمانه شرعيه- على وجه لا يترتب عليه ضمان بعد أن كان القبض

باختياره- واضحه المنع، و إن كان زعم أنه وكيل، إذ ذلك لا ينافى الضمان الذى هو حكم وضعى يترتب على المعذور- لجهل أو استصحاب أو غيرهما، فلا يبعد الضمان حينئذ أيضا فى العين المزبوره.

نعم لا يبعد عدم الضمان فيما كان فى يده مما كان ابتداء قبضه بغير ضمان، فإن الاستدامه لا تندرج فى

قوله عليه السلام «على اليد»

فيبقى أصل براءه الذمه بحاله، و كذا لو فسخ المودع الوديعه مثلا، مع عدم علم الودعى بذلك، فإنه لا ضمان عليه لو تلف بعد ذلك، و إن انفسخ عقد الوديعه، ضروره أن ذلك و نحوه من الأمانه الشرعيه، مثل الثوب الذى أطارته الريح حتى صار فى يد الإنسان قهرا، و هذا القدر المسلم من الأمانه الشرعيه التى لا ضمان فيها، باعتبار عدم حصول سبب فيها يقتضى الضمان على وجه يقطع أصل البراءه و لعل هذا هو التحقيق فى المسأله و نظائرها كالمضاربه و غيرها، و إن كان قد تقدم لنا بعض الكلام فى كتاب الإجاره.

و كيف كان فلم أعثر على من وافقه على العباره المزبوره إلا الفاضل فى الرياض و يمكن أن يريد منهما معنى آخر. و الله العالم.

و كذا تبطل ب الجنون، و الإغماء من كل واحد منهما بلا خلاف أجده فيه، بل فى المسالك هو موضع وفاق، و لعله العمده فى ذلك، و إلا فدعوى كون ذلك من أحكام العقد الجائز، يدفعها عدم القول به فى مثل الهبه و الرهن من طرف المرتهن، بل لولا الإجماع المزبور أمكن دعوى قيام إذن الولى للموكل مقام إذنه فى بقاء عقد الوكاله، و إن أقصى ما يقتضيه عروضهما للوكيل عدم تصرفه حالهما، لا انفساخ عقد وكالتهما.

إلا أن ذلك بعد الإجماع المزبور لا فائده فيه، و لا فرق عندنا بين طول زمان الإغماء و قصره، و لا بين إطباق الجنون و أدواره و لا بين علم الوكيل بعروض المبطل و عدمه.

نعم ربما احتمل بقاء جواز التصرف للوكيل بعد زوال المانع بالاذن العام،

و إن بطلت وكالته، بناء على مثل ذلك فيما تقدم من المسائل، و قد يفرق بين المقام و بينها بأن المبطل هنا راجع إلى الإذن نفسها، لا إلى خصوص عقد الوكاله، و إنما حاصله خروج المأذون عن قابليه إذن النيابه فتأمل جيدا. و الله العالم.

و كذا تبطل وكاله الوكيل بالحجر على الموكل فيما يمنع الحجر من التصرف فيه لكون الوكيل فرع الموكل، فمع فرض امتناع المباشره له فلو كيله بطريق أولى، إلا أن الإنصاف- إن لم يكن إجماع- عدم اقتضاء ذلك بطلان الوكاله، بل أقصاه عدم نفوذ التصرف منه، فلو فرض اتفاق زوال الحجر لم يحتج إلى إعاده الوكاله حينئذ، فتأمل جيدا.

و على كل حال ففى حكم الحجر طرو الرق على الموكل، بأن كان كافرا فاسترق، و لو كان هو الوكيل صار بمنزله توكيل عبد الغير، و سيأتى الكلام فيه و الله العالم.

و لا تبطل الوكاله بالنوم و إن تطاول ما لم يصل إلى حد الإغماء، أو يخرج عن المتعارف، و لو بأن لا يستيقظ إذا أوقظ لعارض من العوارض، لأصاله الصحه و معلوميه عدم معامله الشارع النوم معامله الجنون و نحوه فى المقام و غيره.

بل فى التذكره و غيرها عدم بطلانها بالسكر أيضا لذلك، إلا إذا اقتضى فسقا و كان الوكيل مما يعتبر فيه العداله ابتداء أو استدامه، كوكيل ولى اليتيم و نحوه، و بطلانها حينئذ من حيث الفسق، لا لخصوصه.

لكن قد يمنع اعتبار العداله فى ذلك و نحوه مما ذكروه من الأمثله، مع فرض اقتضاء المصلحه وكاله الفاسق، و لو سلم فقد يمنع اعتبارها فى صحه عقد الوكاله على وجه لم تعد بعودها، بل لا بد من استيناف وكاله جديده، إذ من المحتمل كون العداله على نحو ما احتملوه فى عداله الوصى من عدم انفساخ الوصايه بفسقه، و لكن يمنع من التصرف فمتى عادت ثبتت وصايته، و السبب فى ذلك أنه لا دليل يعارض العمومات على وجه يكون شرطا فى صحه عقد الوكاله، و إن قلنا بعدم نفوذ تصرفاته حال فسقه،

فتأمل جيدا.

و على كل حال ف تبطل الوكاله أيضا بتلف ما تعلقت الوكاله به كموت العبد الموكل فى بيعه، و موت المرأه الموكل بطلاقها و تلف الدينار الموكل بالشراء به، بل فى المسالك لا فرق بين أن ينص على الشراء بعينه، أو يطلق بأن يقول اشتر به، لاقتضائه دفعه ثمنا، فلا يتناول بدله لو كان تلفه موجبا لضمانه.

قلت: هو كذلك مع فرض ظهور اللفظ فى الشراء بعينه، فيكون الفرق بينه و بين الأول بالنص و الظهور، لكن فى التذكره «و لو وكله فى الشراء مطلقا و نقد الدينار على الثمنيه، بطلت أيضا إذا تلف ذلك الدينار، لأنه إنما وكل فى الشراء، و معناه أن ينقد ثمن ذلك المبيع قبل الشراء أو بعده، و قد تعذر ذلك بتلفه».

و يمكن حمل ما فى المسالك على ذلك، بدعوى اقتضاء إطلاق الشراء به الأعم من جعله ثمنا فى العقد أو بعده، فيكون الإطلاق حينئذ فى مقابل النص على الشراء بعينه، بمعنى جعله نفسه ثمنا.

و على كل حال فقد صرح من تعرض لذلك ببطلان الوكاله بالتلف، و إن كان موجبا للضمان، فإنها لم تتناول الشراء ببدله، حتى لو كان وكيلا على استيفائه، لكن الإنصاف تناول الوكاله فى صوره الإطلاق للشراء بذلك، و إن لم يكن وكيلا على الاستيفاء، و لكن اشترى به ممن أتلفه مثلا، و الأمر فى ذلك سهل بعد كون المدار على المفهوم عرفا من عباره الموكل، و لو بقرينه الحال.

و كذا تبطل الوكاله لو فعل الموكل ما تعلقت الوكاله به كما لو وكله فى بيع عبد ثم باعه، أو فعل ما ينافيه، كما لو وكله على بيع عبد فأعتقه، أو بالعكس و ليس من ذلك وطى الزوجه التى قد وكل على طلاقها، فضلا عن غيره من المقدمات التى لا تصح لغير الزوج، و لا وطى السريه التى وكل على بيعها، ضروره عدم منافاه شى ء من ذلك، لتعلق الوكاله، إذ ليس ما ذكرناه مبطلا لها، باعتبار ظهوره فى العزل و لذا لم تبطل الوكاله لو ظهر فساد البيع أو العتق، بل لانتفاء متعلقها حينئذ.

اللهم إلا أن تقوم قرينه على إراده إنشاء العزل بذلك، و هو خروج عما نحن فيه حينئذ، كما هو واضح.

بقى شـى ء: و هو أنه قـد يفهم من التعبير بالبطلان و ذكر ذلك فى سـياق الجنون و الموت و الإغماء و نحوها أن تلف ما تعلقت به الوكاله و فعل الموكل ما وكل فيه أو ما ينافيه كذلك أيضا.

لكن قـد يقـال: إن الظـاهر خلافه، و إلا لاقتضـى انفساخ العقـد بتلف بعض ما وكل فيه مثلا، ضـروره عـدم تبعض العقـد، و إنما المراد من البطلان انتفاء موضوع الوكاله، لا انفساخ عقدها، فلا ينافى حينئذ بقاؤها فيما بقى من موضوعها.

و فيه: أنه لا مانع من التزامه على معنى البطلان فى بعض متعلقه، لتلف بعض المبيع، و المسـلم من عـدم تبعض العقد أنه لا يكون بعض العقـد سـببا، بعـد أن كان مجموعه سـببا، لا فى نحو المقام، و قد تقدم سابقا التحقيق فى صـحه تبعض الصـفقه فى ملكه و ملك الغير، بل و فى بيع الشاه و الخنزير، كما أنه تقدم صحه الإقاله فى بعض المبيع دون بعض.

نعم لا يجوز ذلك فى الخيار لا للتبعض، بل لعدم ظهور دليله فى مشروعيه ذلك، بل لعل ظاهره العدم، بخلاف نحو المقام الذى يمكن القول بجواز فسخ الوكاله فى بعض ما وكل فيه، دون بعض، و الله العالم.

ثم إنه ينبغى أن يعلم أن اقتضاء هـذا القسم انعزال الوكيل لا يتوقف على العلم به، بل هو يؤثر أثره لإطلاق أدلته، فينتفى موضوع الوكاله و إن لم يعلم الوكيل، فلو تصرف ينكشف بطلان تصرفه، و تسمع إنشاء الله تعالى مزيد تحقيق لذلك.

و على كـل حـال ف العباره حينئـذ عن العزل أن يقول: عزلتك أو أزلت نيابتك، أو فسـخت، أو أبطلت، أو نقضت، أو ما جرى مجرى ذلك من كل لفظ صالح لقصد إنشاء الدلاله على ذلك، بل وكل فعل. نعم لا عبره بالفسخ النفسانى، للأصل و غيره.

و کیف کـان فلا ریب فی وجوب اقتصار الوکیل علی ما یسـتفاد من الموکل، و لو بالقرائن الحالیه و المقالیه، و من هنا ذکر غیر واحد من الأصـحاب بل لا أجد فیه خلافا أن إطلاق الوکاله فی البیع أو الشـراء مثلا یقتضی البیع و الابتیاع بثمن المثل، بنقد البلد حالا، و أن یبتاع الصـحیح دون المعیب و حینئذ لو خالف فی شی ء من ذلک لم یصح و لم یلزم و لکن صح و وقف علی إجازه المالک.

نعم لا بأس بما یتسامح به من الزیاده و النقصان فی مثل ذلک المبیع، بل لعل ذلک أجمع من ثمن المثل، لعدم انضـباطه بالنسـبه إلی ذلـک، کما أنه ینبغی تقییـد ذلک أیضا بما إذا لم یوجـد الباذل للأزیـد و الأنقص، و إلا وجب مراعاته، للشک فی الإذن له بغیره معه.

بل قـد یحتمل وجوب ذلک علیه، فیما لو اتفق الباذل بعـد البیع أو الشـراء فی مـده الخیار، فینفسـخ مقـدمه لـذلک، للزوم مراعاه المصلحه للمالک، بل قد یقال:

ذلک فیما لو عین له البیع بمقـدار، و الشـراء کـذلک، فاتفق حصول الباذل للأزید و الأنقص، حملا للتعیین علی ما هو المتعارف من عدم وجود الباذل اللهم إلا أن یحتمل الغرض له به، و لعله علی ذلک ینزل خبر عروه البارقی (۱)لا علی الفضولیه.

و علی کل حال فکل تصرف من الوکیل یقع علی خلاف مصلحه الموکل کالبیع بدون ثمن المثل أو به مع وجود الباذل أو شراء المعیب یکون فضولیا حینئذ.

و دعوی الفرق- بین المعیب و البیع بـدون ثمن المثـل مثلاـ فیحکم بالأـول للمالـک، و بالثانی بالفضولیه، لأن العیب قـد یخفی بخلاـف البیع بـدون ثمن المثل- واضـحه المنع، ضـروره إمکان الخفاء فی کل منهما، فی کثیر من أفرادهما، کما أنه لا خفاء فی بعض أفرادهما علی أحد.

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص.

فالمتجه جعل المدار فی ذلک علی کون العیب و الغبن فی خصوص ذلک المبیع مما یخفی علی أهل النظر بعد البحث و النظر- و عدمه، فإن کان، وقع للمالک و یثبت الخیار، و إلا کان فضولیا، فما فی قواعد الفاضل- من الفرق بین المعیب و الغبن فحکم بالفضولیه فی الثانی مع العلم و الجهل، بخلاف الأول- فی غیر محله، خصوصا بعد تصریحهم علی ما قیل فی مسأله تلقی الرکبان التی أخبارها هی الأصل فی خیار الغبن بعدم الفرق بین الوکیل و الأصیل.

و

فی دعائم (۱)الإسلام عن أبی جعفر محمد بن علی علیهما السلام «أنه قال: من وکل وکیلا علی بیع فباعه له بوکس من الثمن جاز البیع علیه، إلا أن یثبت أنه تعمد الخیانه، أو حابی المشتری بوکس.

و کذلک إن وکله علی الشراء فتغالی فیه إن لم یعلم أنه تعمد الزیاده أو خان أو حابی فشراؤه جائز علیه، و إن علم أنه تعمد شیئا من الضرر رد بیعه و شراؤه، و لو وکله علی بیع شی ء فباع بعضه و کان ذلک علی وجه النظر فالبیع جائز».

بل هو فی محکی التذکره فی کتاب المضاربه قد صرح بأنه لا یمکن معرفه قیم المتقومات فی الواقع، و من المعلوم وقوع الغبن من العاملین فیها، و لم یقل أحد بفساد البیع، و عدم تناول وکاله المضاربه لذلک، کما هو واضح.

إنما الکلام فی مخالفه المصلحه منه فی مثل الخیار و نحوه، فترک الفسخ مثلا فیما کان مصلحه المالک به، أو اختاره فی صوره العکس، و لعل حکم الثانی عدم مضیه علی المالک، لعدم ثبوت الإذن له فیه، أما الأول فلا ریب فی تحقق الإثم علیه لکن لیس علیه إلا ذلک، فتکون المصلحه التی یجب علی الوکیل مراعاتها علی قسمین:

أحدهما: ما یرجع إلی تقیید الإذن فی الوکاله علی وجه یکون خلافها غیر الموکل فیه، کالبیع بثمن المثل مع وجود الباذل.

و ثانیهما: تکلیف شرعی لا مدخلیه له فی إذن الوکاله، و حینئذ فلو ترک الفسخ

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۱۰ الدعائم ج ۲ ص ۵۷ الطبعه الثانیه بمصر.

فی مدته مع وجود الباذل، بناء علی وجوبه علیه لم یترتب علیه إلا الإثم، و احتمال- وجوب جبر کل ضرر یترتب علی الموکل بذلک، کاحتمال کون المبیع حینئذ فضولیا، باعتبار عدم الإذن فی بیع یکون له فیه خیار، و یوجد باذل فی أثنائه فلم یفسخ- لم أجدهما لأحد بل لم یحضرنی تنقیح لهما علی وجه یکون موافقا للقواعد الشرعیه.

هذا کله بالنسبه إلی ثمن المثل، و أما النقد و الحلول فلا أجد خلافا فی اقتضاء الإطلاق إیاهما، بل الظاهر عدم الإذن له فی خلافهما، حتی مع المصلحه کالبیع بدون ثمن المثل، فإنه لا یفهم من الإطلاق إلا إرادتهما، لا جمیع ما تقتضیه المصلحه و لو فی غیرهما.

نعم هی معتبره فی الأفراد المأذون فیها، کاختیار الأنفع من أفراد النقد حیث لا یکون هناک غلبه فی بعضها علی وجه ینصرف الإطلاق إلیها، فإن انتفیا معا تخیر بین أفراد النقد، و لعل منه بیع بعض المبیع للمصلحه کما سمعته فی ذیل خبر الدعائم فتأمل جیدا. و الله العالم.

و لو باع الوکیل بثمن فأنکر المالک الإذن فی ذلک القدر کان القول قوله مع یمینه سواء کان بقدر ثمن المثل أو أزید أو أنقص، و سواء کان مستند دعواه الإذن بالخصوص أو الإطلاق المنصرف إلی ثمن المثل فما فوق، لأنه اختلاف فی صفه الوکاله التی یقبل قوله فی أصلها فکذا صفتها لأنها فعله، و هو أعرف به، و لأن الأصل عدم صدور التوکیل علی الوجه الذی یدعیه الوکیل.

و القول بأن مرجع دعوی الموکل إلی خیانه الوکیل الذی هو أمینه، و الأصل عدم خیانته، إنما یتم فیما لو کان تصرفه فی الوکاله و ادعی علیه الخیانه فی بعض متعلقاتها، کما لو ادعی الموکل علیه- بعد تلف الثمن الذی باع به بمقتضی الوکاله- تأخر قبضه عن تقبیض المبیع، أو التعدی فیه بوجه، لا فی نحو المقام الذی قد عرفت أن مرجع الاختلاف فیه إلی الاختلاف فی أصلها الذی من المعلوم تقدیم قول المالک

فيه، كما أنه ليس من مسأله التداعى فى شـى ء، و ان كان جواب الموكل بل وكلتك بكذا، ضـروره عدم كون ذلك دعوى منه عليه، لعدم استحقاقه عليه بذلك شيئا، و إنما المعتبر منه ما تضمن إنكار دعوى الوكيل.

و من هنـا كان الحكم كـذلك فى صوره اختلافهما فى عين الموكل فيه، كالعبـد و الفرس، و فى جنس الثمن الموكل على البيع به، أو زمانه أو مكانه، فان القول فى الجميع قول الموكل، لأنه منكر، و ليس من التداعى فى شـى ء، و إن حكى عن بعض الناس توهمه.

ثم بعـد حلف المالـك تسـتعاد العين من المشترى بعـد فرض اعترافه بالوكـاله أو حلف المالك له اليمين المردوده منه إذا ادعى عليه العلم إن كـانت بـاقيه و مثلهـا أو قيمتها إن كانت تالفه، و قيل: و القائل الشـيخ فى محكى من نهايته يلزم الـدلال أى الوكيل إتمـام مـا حلف عليه المالك و هو بعيـد مخالف لأصول المـذهب و قواعـده، و من هنا حمل على تعـذر اسـتعاده العين و مساواه القيمه لما ادعاه المالك.

وا ذا كا ن قد تصادق الوكيل و المشترى على الثمن الذى قد ادعى الوكيل الإذن فيه، و كان قد دفع الوكيل إلى المشترى السلعه فتلفت فى يـده كان للموكل الرجوع على أيهما شاء بقيمته يوم التلف إن كانت قيميه لثبوت عـدوانهما معا بظاهر الشـرع لكن إن رجع على المشـترى لاـ يرجع المشترى على الوكيـل (۱۱) إذا لم يكن قـد دفع إليه الثمن لتصـديقه له فى الإـذن (۱۲) و فى أن الموكل ظالم له برجوعه عليه.

نعم إن كان قـد دفع الثمن إليه توجه رجوعه عليه كما فى المسالك، لمعلوميه عدم اسـتحقاقه له، و الفرض أن الموكل لا يدعيه، لعـدم تعينه ثمنا له، و قـد أغرم المشترى عوض المال، فيرجع على الوكيل بما دفع إليه، لكن إن كان بقدر القيمه أو أقل فالرجوع به ظاهر، و إلا رجع بقدر ما غرم، و يبقى الباقى فى يد الوكيل

مجهول المالک.

قلت: هو للموکل فی الواقع بزعم الوکیل، فیجب علیه أن یتوصل إلی إیصاله إلیه، بل قد یناقش فی استحقاق رجوعه علی الوکیل بعد فرض اعترافه بأنه للموکل فی الواقع، و استحقاقه المقاصه فی ماله، لا یوجب استحقاقا له علی من فی یده مال من ظلمه.

اللهم ألا أن یدعی فی المقام ان ما أخذه المالک منه صار عوضا عنه و لو شرعا أو یقال: بوجوب التمکین منه علی الوکیل، لعدم الضرر علیه من المالک الظالم بعد اعترافه بأنه لیس له.

و من هنا کان الظاهر اختصاص الحکم بالثمن المزبور المفروض کونه عوضا للسلعه فی الواقع، و لو لم یکن المشتری مصدقا للوکیل فی دعوی الوکاله، ففی المسالک أیضا «رجع علی الوکیل بما غرمه اجمع، لغروره، و لو کان الثمن أزید و قد دفعه إلی الوکیل رجع به لفساد البیع ظاهرا».

قلت: قد وقع له نحو هذه العباره بل أصرح منها فی کتاب البیع، و لا ریب فی فساد ظاهرها، کما تقدم فی محله، و أن المتجه له الرجوع بجمیع ما غرمه عوض المنافع، و نحوها مما هو لیس من قیمه العین، و لم یحصل له نفع فی مقابلها بل و إن حصل، و أما هی ففی رجوعه بما زاد منها علی الثمن و عدمه قولان: بخلاف ما قابل الثمن منها، فإنه لا یرجع به قطعا، لعدم الغرور به، و أما ما دفعه من الثمن فلا- ریب فی رجوعه به علی الوکیل، سواء کان مساویا لما غرمه أو أزید أو أنقص، لظهور فساد البیع کما هو واضح. و محرر فی محله، و یمکن حمل عبارته علی ذلک.

و کیف کان ف إن رجع المالک علی الوکیل بقیمه ماله رجع الوکیل علی المشتری بأقل الأمرین من ثمنه و ما اغترمه لأن الثمن إن کان أقل فهو یزعم أن الموکل لا یستحق سواه، و أنه ظالم بأخذ الزائد من القیمه،

فلا- يرجع به على المشترى، و إن كانت القيمه أقل لم يغرم سواها، لكن يبقى الزائد مجهول المالك ظاهرا، لأن الموكل لا يستحقه بزعمه، و موافقه الظاهر له، و الوكيل قد خرج عن الوكاله بإنكار الموكل، فليس له قبضه فينزعه الحاكم، و يتوصل إلى تحصيل مالكه، كذا فى المسالك.

و لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا بل الظاهر عدم تسلط الحاكم على انتزاعه منه، بعد علم مالكه بزعمه، فيجب عليه التوصل إلى إيصاله إليه هذا، ثم قال فيها: «و اعلم أن مقتضى السياق كون الوكيل لم يقبض الثمن بعد، و حينئذ فيتجه ما ذكره المصنف من رجوع الوكيل على المشترى دون العكس بأقل الأمرين مع تصادقهما، و يبقى الزائد على ما ذكرناه.

كما أنك عرفت الحال أيضا لو فرض كون الوكيل قابضا للثمن و لو لم يصدقه المشترى، بأن قال: لا أعلم و قد رجع المالك على الوكيل بقيمه العين لم يكن للوكيل مطالبه المشترى بها مع فرض زيادتها على الثمن، لاعترافه بأنه وكيل، و أن المالك ظالم بأخذ الزائد، فليس له حينئذ إلا أقل الأمرين، كما فى صوره التصديق.

لكن لا- ريب فى اشتغال ذمه المشترى فى الظاهر بقيمه العين، و إن لم يكن للوكيل المطالبه بها، بل ليس له قبضها فى الظاهر، لعدم كونها للمالك الذى غرمه بزعمه، فقد يقال: إنها من مجهول المالك، و لكن فيه أنها محكوم بها للموكل فى الظاهر، و إن كان لا يجوز دفعها بعد أن غرم الوكيل، إذ لا يجمع له قيمتان لماله.

و من هنا قد يقال: إنها تدس فى مال الوكيل عوض ما غرمه جبر الظلام لكن لم أجد تحريرا لذلك فى كلمات الأصحاب و الله العالم.

و على كل حال فقد ذكر غير واحد من الأصحاب بل لا أجد خلافا فيه بين من تعرض له، أن إطلاق الوكاله فى البيع يقتضى الاذن فى تسليم المبيع، لأنه من واجباته باعتبار اقتضائه إزاله ملك البائع عن المبيع. و إدخاله فى ملك

المشتری و یجب علی مدخل الملک التسلیم، لأنه من حقوقه، و لکن لا یسلمه حتی یقبض الثمن من له قبضه من المالک أو مأذونه، رعایه لمصلحه المالک، فلو سلم المبیع حینئذ قبله فتعذر أخذه من المشتری ضمن لتضییعه إیاه بالتسلیم.

کذا فی المسالک بل و جامع المقاصد و فیه أن المتجه تعلیل ذلک بدعوی الفهم عرفا من الإطلاق، و إلا فلا ریب فی عدم دخول التسلیم فی مفهوم البیع المفروض إذنه فیه، و لذا صرح فی التذکره بصحه تصریح المالک بالنهی عن التسلیم مع الاذن فی البیع.

قال: و کون التسلیم مستحقا للمشتری لا یقتضی کون المستحق هو تسلیم الوکیل علی البیع، فالممنوع منه غیر المستحق، و إن ناقشه فی جامع المقاصد بأنه إذا سلم المشتری الثمن إلی الموکل انقطعت سلطنه الموکل عن المبیع، و وجب علی من کان بیده تسلیمه إلی مالکه، و کذا القول فی الثمن فی جانب الشراء فلیتأمل ذلک.

لکن فیه إن ذلک خروج عن محل البحث الذی هو تسلیم الوکیل من حیث الوکاله التی یکون فیها الوکیل قائما مقام الموکل، و من حیث التقابض الذی اقتضاه العقد، و إلا فهو قد صرح فی التذکره بعد ذلک بلا فصل بما ذکره.

قال: «إذا دفع المشتری الثمن إلی الموکل أو الی الوکیل المأذون له، أو إلی المطلق إذا جوزنا له قبض الثمن، فالوکیل یسلم المبیع، سواء أذن له الموکل أولا أو منعه، لأن المشتری إذا دفع الثمن صار قبض المبیع مستحقا، و للمشتری الانفراد بأخذه، فإن أخذه المشتری فذلک، و إن سلمه المشتری فالأمر محمول علی أخذ المشتری، و لا حکم للتسلیم.

و هو صریح فیما قلناه من أنه لا مدخلیه لذلک فیما نحن فیه من اقتضاء الإطلاق الإذن، لا مثل هذا التسلیم الذی هو واجب علی کل من کان بیده المال، من غیر فرق بینه و بین غیره.

و حینئذ فمحل البحث فی التسلیم الذی هو مقتضی التقابض فی العقد، و هذا لا ریب فی صحه نهی وکیل البیع عنه، و دعوی وجوبه علی مدخل الملک من حیث

كونه مـدخلا، و إن كان نائبا عن الغير فيه- واضـحه المنع، فليس حينئـذ إلا دعوى الفهم عرفا و قـد يمنع ذلك خصوصا فيما إذا كان المبيع الذى وكل عليه فى يد الموكل.

ثم إن المراد من الضـمان- لو سـلم الوكيل المبيع قبل قبض الثمن فتلف، على الموكل- ضـمان قيمه العين إن كانت هى و الثمن متساويين، و لو كان الثمن أكثر ففى التذكره «لم يكن عليه الا القيمه، لأنه لم يقبض الثمن فلا يكون مضـمونا عليه، و انما يضمن ما فرط فيه، و هو العين حيث سلمها قبل الإيفاء.

و لو كـانت القيمه أكثر، فـإن باعه بعين يحتمل تغابن الناس بمثله فالأقوى أنه يغرم جميع القيمه حيث فرط فيها كما لو لم يبع بل أتلفها، و هو أصح وجهى الشافعيه، و الثانى أنه يغرم القيمه و يحط عنه قدر الغبن لصحه البيع بذلك الثمن، و لو باع بغبن فاحش بـاذن الموكـل احتمـل الوجهان: أما الأول فظاهر، و أما الثانى: فقياسه أن لا يغرم إلا قـدر الثمن لصـحه البيع به بالإذن، فإن قبض الوكيل الثمن بعد ما غرم دفعه للموكل و استرد ما غرمه».

قلت: قـد يناقش فى أصل الضـمان أولا و إنما هو مجرد إثم، و لو سـلم بـدعوى اسـتفادته من قاعـده «لا ضـرر و لا ضـرار» و من فحوى مـا ورد من ضـمان الـدين لتمكين الهرب للمـديون من يـد الـديان، و من تعلق حق الرهـانه بقيمه الرهن لو أتلفه متلف، و صدق الخيانه و التفريط فيما هو أمين فيه من المعاوضه على الوجه المزبور، و غير ذلك.

فالمتجه ضـمان القيمه و إن كانت أكثر من الثمن إذا كان فيها احتمال رجوع للمالك بفسخ و نحوه، و إلا فله مقدار ما قابل ثمنه إذا كانت أكثر، و أما ضـمان نفس الثمن فيدفعه أنه ليس وكيلا عليه حتى يكون مفرطا فيه، و إنما ضـيع على المالك حق حبس العين الـذى يمكن استيفاؤه منه بوضع قيمه العين قائمه مقامها ملاحظا جبر ضـرر المالك بالطريق الذى ذكرناه، و به يفرق بين ما نحن فيه و بين

ما يأتى من ضمان الثمن فى الوكيل على التقابض باعتبار صدق التفريط عليه فى مال الموكل الذى هو الثمن فتأمل جيدا.

و لعله مما ذكرناه أخيرا دليلا للمطلوب ينقدح اختصاص الضمان- على الوجه الذى ذكرنا- بالوكيل دون الأجنبى.

نعم يتجه ذلك لو كان مدرك المسأله تضييع حق الحبس من غير فرق بين الوكيل و غيره و الله العالم.

و كذا ذكروا ان إطلاق الوكاله فى الشراء يقتضى الاذن فى تسليم الثمن و الكلام فيه على نحو ما سمعته فى تسليم المبيع لكن ظاهرهم الاتفاق على انه لا يقتضى إطلاق الإذن فى البيع الاذن فى قبض الثمن، لأنه قد لا يؤمن على القبض و كذا إطلاق الإذن فى الشراء لا يقتضى الإذن فى قبض المبيع، لأنه قد لا يؤمن عليه أيضا.

نعم إذا قامت قرائن حاليه أو مقاليه على ذلك اتبع مقتضاها حينئذ، بل هو ضامن للثمن و المبيع إذا لم يقبضهما فتلفا على البائع و المشترى، لتفريطه، و ظاهرهم هنا ضمان نفس المبيع و الثمن، لا قيمه المدفوع، و لعله لما عرفت من صدق كونه مفرطا و مضيعا و خائنا فيما هو موكل فيه و الله العالم.

و للوكيل فى الابتياع مثلا أن يرد بالعيب مثلا المفروض صحه العقد عليه باعتبار خفائه لأنه من مصلحه العقد الموكل عليه، و قد عرفت أن للوكيل مراعاه المصلحه فيما هو وكيل فيه، مضافا إلى تناول إطلاق أدلته له فى وجه، فله حينئذ ذلك مع حضور الموكل و غيبته و لكن لو منعه الموكل لم يكن له مخالفته (۱۱) ضروره كون الحق له، و إنما كان ثبوته له بإطلاق الوكاله فى الابتياع مثلا.

و لعل المصنف أراد التنبيه بذلك على عدم ثبوته له من حيث كونه عاقدا على وجه لا مدخليه لنهى المالك عنه، نحو ما احتمل فى خيار المجلس للوكيل، أو على

الفرق بینه و بین عامل المضاربه، بناء علی عدم تسلط المالک فی إسقاط خیار العیب الثابت له، لعدم انحصار الحق فیه.

علی کل حال فما فی المسالک- تبعا لجامع المقاصد من إشکال أصل ثبوت الرد بأنه إنما أقامه مقام نفسه بوکالته له فی العقد، لا فی

اللوازم التی من جملتها القبض و الإقاله و غیرهما، و لیس له مباشرتها إجماعا- لا محصل له، بعد فرض الفهم عرفا، و تناول دلیل الرد له شرعا بل الظاهر ثبوت ذلک أیضا فی الوکاله علی شراء عین بخصوصها، ما لم یظهر من المالک إرادته علی کل حال، و إن استشکل فیه فی القواعد.

بل عن التذکره الجزم بعدم الرد فی الأول فضلا عن الثانی مشعرا بدعوی الإجماع علیه فی وجه و وافقه علی ذلک ثانی المحققین و الشهیدین، و لعل الفهم عرفا و تناول الدلیل شرعا حجه علیهم.

و حینئذ فلو استمهله البائع حتی یحضر الموکل لم یلزم إجابته، مع فرض عدم مصلحه فی ذلک، فإن ادعی البائع رضی الموکل، و أنه یعلم الوکیل بذلک، استحلفه علی نفی العلم، و لو رده فحضره الموکل و ادعی الرضا علی وجه یقتضی سقوط خیار الرد و صدقه البائع انکشف حینئذ بطلان رد الوکیل.

لکن فی التذکره، و القواعد، و جامع المقاصد بطل الرد ان قلنا بالعزل، و ان یعلم الوکیل، بل فی الأخیر زیاده، أما علی القول بأنه لا ینعزل ما لم یعلم العزل، و هو الأصح، فإن الرد ماض و لا أثر لرضا الموکل.

و فیه أنه لا وجه لبناء ذلک علی المسأله المزبوره، بل الظاهر انکشاف بطلان الرد علی کل حال، ضروره انتفاء متعلق الوکاله مع فرض سبق إسقاط المالک الخیار قبل رد الوکیل به، کما هو واضح بأدنی تأمل.

و دعوی عموم أدله تلک المسأله- ک صحیحی ابن وهب و سالم (۱)المتقدمین و

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱ و ۲ من أبواب أحکام الوکاله الحدیث- ۱.

غیرهمـا للأـعم من العزل بالقول و الفعل الشامل لما نحن فیه، فیکون ذلک منهما اختیارا فی المسأله لا اشـتباها- یـدفعها اسـتبعاد التزام مقتضاها من مراعاه کل تصرف للموکل بتصرف الوکیل، فإن کان قد وقع منه و لو بعد تصرف الموکل ما ینافیه قدم علیه، و صار سببا لانفساخ تصرف الموکل الجامع لجمیع شرائط الصحه و اللزوم، و إلا مضی.

فالوکیل حینئذ بالنسبه إلی المالک أعظم من الولیین اللذین یمضی تصرف السابق منهما، لما عرفت من مضی تصرف الوکیل و إن کان متأخرا دون الموکل، و لا ریب فی منافاته لعموم (۱)

«تسلط الناس علی أموالهم»(۲)

«و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و غیرها بل لا یلتزمه من له أدنی دربه فی الفقه.

و دعوی أن التعـارض بین هـذه العمومـات من وجه، یـدفعها أولا: ظهور أدله الوکاله فی بقاء الموضوع الموکل فیه، فلا تعارض حینئذ، بل یستفاد من مجموع

قوله علیه السلام «الناس مسلطون»

الی آخره و نحوه و من

قوله (۳)«من وکل بأمر»

إلی آخره سوی ثبوت الولایه لکل منهما علی ذلک، فأیهما سبق تصرفه نفذ و إن اقترنا بطل.

بـل هو مقتضـی قیام الوکیل مقام المالک، و کونه نائبا منابه، و فرعا من فروعه، و لیس فی شـی ء منها ما یقتضـی فسـخ تصـرف الموکل بوقوع تصرف الوکیل بعده، بل دعوی ذلک من غرائب الفقه، ضروره کون العکس مظنه ذلک.

و منه ینقـدح أنه لو سـلم التعـارض من وجه- و إن کان هو کما تری- فلا ریب فی کون الترجیـح لتلک، باعتبار معلومیه خروج مسأله الوکاله عن القواعد التی یجب الاقتصار فیها علی ما هو المتیقن، و هو العزل قولا، أو فعلا مع بقاء العین

۱- ۱ البحار جلد ۲ ص ۲۷۲ الطبعه الحدیثه.

۲- ۲ سوره المائده الآیه- ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحکام الوکاله.

الموكل عليها قابله لتعلق فعل الوكيل فيها كما هو واضح.

و بذلك بان لك أن ما فى القواعد و جامع المقاصد واضح الضعف على كل حال، كما أن ما فيها أيضا من أنه لو رضى الوكيل بالعيب فحضر الموكل و أراد الرد له ذلك، لا يخلو من نظر أيضا ضروره أن فعله الموافق للمصلحه ماض على الموكل.

نعم لو قلنا بأن الالتزام و الرد للوكيل ليس من حيث الوكاله، بل للأدله الشرعيه أمكن حينئذ اشتراك حق الخيار بينهما، فلا يمضى التزام الوكيل حينئذ على الموكل، لكن فيه أنه ينبغى أيضا عدم مضى التزام الموكل على الوكيل، و قد عرفت تصريحه سابقا بخلافه، اللهم الا أن يفرق بين الموكل و الوكيل فى ذلك.

[الفصل الثانى فى متعلق الوكاله]

اشاره

الفصل الثانى فى متعلق الوكاله و قد اعتبر الفاضل فيه أمورا ثلاثه أحدها: أن يكون قابلا للنيابه، ضروره أنها روح الوكاله، فلا بد حينئذ من معرفه ما لا تصح فيه النيابه، و ما تصح فيه و المهم فى ذلك تحرير أصل يرجع إليه فى محال الشك.

و قد يستفاد من التأمل فى كلام الأصحاب أن الأصل جواز الوكاله فى كل شى ء، كما يومى إلى ذلك ذكر الدليل فيما لا تصح فيه من النص على اعتبار المباشره و نحوها، مما يمنع من الوكاله دون ما صحت فيه، و لعل مرجع ذلك إلى دعوى اشتراط المباشره و نحوها مما يمنع الوكاله، و الأصل عدمها.

و لا يكفى فى امتناعها ثبوت مشروعيته حال المباشره، فإن ذلك لا ينافى عموم ما دل على جواز الوكاله، إنما ينافيه اعتبارها شرطا، و أصاله عدم الوكاله قد انقطع بثبوت مشروعيتها، كغيره من العقود، بل الظاهر الاكتفاء فى إثبات عمومها بنحو

قول الصادق علیه السلام فی صحیح ابن سالم (۱)«أن الوکیل إذا وکل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبدا، و الوکاله ثابته حتی یبلغه العزل».

و قوله فی الصحیحین (۲)أیضا «من وکل رجلا علی إمضاء أمر من الأمور فالوکاله ثابته أبدا، حتی یعلمه بالخروج منها، کما أعلمه بالدخول فیها»

و نحو ذلک مما لا ینافی دلالته علی کون الوکاله جائزه، مسوقه لبیان توقف العزل علی الإعلام، ضروره أنه دل علی ذلک و علی المشروعیه.

بل هو کاف فی إثبات المطلوب، ضروره تناوله لکل مورد من الموارد التی تعلقت به الوکاله من محال الشک، فإنه یصدق علیه حینئذ أنه وکل علی إمضاء أمر، فلا ینعزل حتی یبلغه العزل.

و بالجمله من أعطی التأمل حقه فی هذه النصوص و ما شابهها یکاد یقطع بما ذکرنا خصوصا مع ملاحظه التمسک من الأصحاب فی کل عقد بالعمومات جائزها و لازمها، و لیس فی شی ء منها سوی ما دل علی مشروعیه طبیعتها، المقتضی للمشروعیه فی کل فرد من أفرادها التی حلت فیه الطبیعه، حتی یعلم فساده.

فالحکم الشرعی فی خصوص الفرد الذی هو محل الشک مستفاد من الجواز الثابت للطبیعه حینئذ، بعد فرض تحقق الإطلاق العرفی الذی لا

مدخلیه للصحه الشرعیه فیه، فإنها اسم للأعم من الصحیح و الفاسد.

و بذلک ظهر لک مشروعیه الوکاله فی کل شی ء إلا ما علم خروجه، و قد نبه علیه المصنف بقوله

[أما ما لا تدخله النیابه]

أما ما لا تدخله النیابه فضابطه ما تعلق قصد الشارع بإیقاعه من المکلف مباشره بنص أو إجماع أو نحوهما فإن الوکاله حینئذ منافیه لحقیقته أو لما یعتبر فیه کالطهاره من الحدث مع القدره ترابیه کانت أو مائیه و إن جازت النیابه فی غسل الأعضاء عند الضروره أو مسحها بالتراب إلا أن المتولی

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲- من أبواب أحکام الوکاله الحدیث- ۱-.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱- من أبواب أحکام الوکاله الحدیث- ۱-.

للنيه هو لا ـ النـائب، و إلا ـ لم يصح بـل فى المسالـك «هـذه الاستنابه ليست توكيلا ـ حقيقيـا، و من ثم تقع ممن لا يصح توكيله كالمجنون» و فيه أنه لا يقتضى عدم صدق الوكاله فى تولى البالغ العاقل.

نعم قـد يقال إنه فرد ثان للغسل المأمور به مباشـره حال القدره اكتفى به الشارع، باعتبار تهيئه أعضائه و قبول الصب و نحو ذلك حال العجز، أما الطهاره من النجاسه فقد قيل إنه يجوز له الاستنابه فيه، لأن الغرض منه هجران النجاسه و زوالها كيف اتفق، و من هنا لم يعتبر فى صحته النيه و إن ترتب الثواب معها و الصلاه الواجبه ما دام حيا بالأصل إلا فى مثل ركعتى الطواف فى النيابه فى الحج عن الحى العاجز، بناء على شرعيته تبعا للمنوب فيه فضلا عن ركعتى الطواف المندوب، و ركعتى الزياده.

و أما غيرهما من النوافل و مطلق الصوم المندوب ففى المسالك «فى جواز التوكيل فيه نظر، و إطلاق جماعه من الأصحاب المنع من الاستنابه فى العبادات يشملهما، و إن تقيد الإطلاق فى غيرهما.

قلت: قد يستفاد من النصوص مشروعيه إهداء الثواب فى جميع المندوبات للحى و الميت، بل قد يستفاد منها فعلها عنه على وجه يـترتب الثواب له كمـا أشـرنا إليه سابقـا فى العبـادات. نعم لا ـ دليـل على شـرعيه النيـابه فيه على وجه يسـقط خطـاب النـدب عن المكلف، بل هو باق على ندبيته له، و إن ترتب ثواب له على فعل الغير بنيه النيابه عنه فلاحظ و تأمل.

و من ذلـك يعلم الحـال فى إطلاق عـدم جواز النيابه فى العبادات حتى جعله فى المسالك أصـلا و إن خرج منه ما خرج بالأدله الخـاصه، و فيه: أنه ليس فى العبـاده إلا ـ الفعـل بقصـد القربه، و إن الشـارع جعل ذلك سـببا لترتب الثواب عليه، و هو غير مناف للنيابه فيه، فيندرج فى عمومها الذى مقتضاه مشروعيه جعل فعل الغير فعل الإنسان نفسه بالإذن و التوكيل من الطرفين.

و هـذا أمر شامل للعباده و غيرها فتأمل، فإنه دقيق نافع، و إنه من ثمرات الأصل الـذى ذكرناه و خصوصا بعـد التأمل فيما جاز من النيابه فيها حال الحياه و بعد الموت، و خصوصا الماليه منها فتأمل جيدا و الله العالم.

و كـذا الكلام فى الصوم الواجب و المنـدوب، و إن قال فى جامع المقاصـد: «إن ظاهرهم عدم جواز النيابه فيه مطلقا، واجبا كان أو منـدوبا ما دام حيا» بل و مثله الاعتكاف المعتبر فيه الصوم و الحج الواجب مع القـدره أما مع العجز فقـد عرفت البحث فيه فى كتاب الحـج و الايمان حتى الإيلاء و النذور و الغصب و سائر المعاصـى المعلوم ترتب الإثم على فاعلها كالزنا و اللواط و القسـم بين الزوجـات، لأنـه يتضـمن اسـتمتاعا و الظهـار الـذى صـيغته مختصه بالمظاهر و منكر من القول و زور و بمعنى اليمين و اللعان الـذى حقيقته الـدعاء على نفسه إن كان مفتريا، أو شـهاده أو يمين و قضاء العـده التى هى لاسـتبراء الرحم و الجنايه (۱۱) و نحو ذلک مما علم فى بعضه عدم قبول النيابه.

و أمـا البعض الأخر فـإن ثبت فيه إجمـاع و نحوه من الأدله المعتبره على منع النيـابه فيه كان هو الحجه، و إلا كان محلا للنظر و التأمل و مثل الظهار الـذى هو كالطلاق و الصـيغه موردها المباشـر إذ كان هو نحو غيرها من النذر و العهد و اليمين و نحوها مما هى من الأسـباب لترتب أحكام و لا مانع من النيابه فيه، و الحرمه على المظاهر لا تقتضى الحرمه على وكيله فى إجراء الصيغه إذا كان جاهلا مثلا، على أن الإعانه لا تقتضى عدم ترتب أحكام السبب، كما أن ذلک لا ينافى عمومات الوكاله و الله العالم.

و (۱۲) أما الالتقاط (۱۳) المملـک و الاحتطاب و الاحتشاش (۱۴) ففى القواعـد فيه نظر، و فى التذكره الجزم بعدم الصـحه فى الالتقاط، و يمكن أن يريد به غير الذى هو بحكم المباح اما هو ففيه البحث فى حيازه المباحات، و قد ذكرنا فى المضاربه تحقيق الحال فيها و قبولها للنيابه باستئجار و غيره، لعدم ما يدل على الدخول فى

ملک المحیز قهرا حتی لو قصد عدمه، بل لعل ظاهر الدلیل خلافه، خصوصا مع عدم قصد الدخول فی حوزته بالاستیلاء علیه.

نعم ظاهر

قوله علیه السلام (۱)«من أحیی، أو حاز»

أو نحوهما اعتبار قصد الفعل بعنوان الاستیلاء علیه، و الإدخال تحت سلطانه الذی هو الملک عرفا فی ترتب الملک شرعا، فهو حینئذ من الأسباب الشرعیه فی حصول الملک، و لا مانع من جریان النیابه فیه، کغیره من الأسباب لعموم الوکاله کما هو واضح بأدنی تأمل.

و أما الالتقاط بمعنی ترتب حکم التعریف و نحوه علیه فقد یظهر من بعضهم عدم الجواز فیه، و لعله لظهور أدلته فی اعتبار المباشره فیه، إلا أنه لا یخفی علیک ما فیه، إن لم یکن إجماعا، و قلنا بالعموم المزبور علی الوجه المذکور.

نعم لا تجوز الوکاله فی إقامه الشهاده إلا علی وجه الشهاده علی الشهاده بل هی لیس من الوکاله بل النیابه فی شی ء، و إنما هی شهاده علی الشهاده، و لکن لها شبه فی النیابه، و من هنا صح الاستثناء، و لو بجعلها من الافراد المجازیه لها.

و أما القضاء و الحکم بین الناس و قسمه الفی ء و الغنیمه ففی جامع المقاصد «أنه یصح التوکیل فیه» و مراده و لو بقرینه ما تقدم له سابقا ما فی المسالک من جواز تولیه الإمام غیره فی القضاء، و کذا تولیه منصوبه الخاص لغیره مع الإذن فی ذلک، و تسمیه هذا النوع وکاله مجاز، و استثناؤه من هذا الباب لکونه عباده، بل من أکمل العبادات، إلی أن قال: «و إنما قیدنا تولیه القضاء بالإمام أو نائبه الخاص لعدم إمکان تولیه منصوبه العام و هو الفقیه فی زمان الغیبه لغیره، لأن غیره إن کان جامعا لشرائط الفتوی کان مساویا للأول فی کونه نائبا للإمام فیه أیضا، و إلا لم یتصور کونه قاضیا، لما اتفق علیه الأصحاب من اشتراط جمیع شرائط الفتوی فی القاضی، نعم یمکن الاستنابه فی الحلف بعد توجه الیمین.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب إحیاء الموات الحدیث- ۵- ۶.

لکن فیه مواضع للنظر کدعوی أنه من العبادات التی من شرط صحتها النیه، و کدعوی عدم تصوره فی زمن الغیبه لما ذکره مما یعتبر فی القاضی لا نائبه فی القضاء، بمعنی جواز تولیته قول حکمت الذی فیها الفصل بین المتخاصمین، فهی کغیرها من الأسباب التی یصح فیها التوکیل، فالأولی الاستناد فیه إلی الإجماع علی عدم قبوله للنیابه ان کان، و تسمع إنشاء الله زیاده تحقیق للمسأله فی کتاب القضاء.

و فی جامع المقاصد متصلا بالعباره السابقه «و کذا لا یجوز للحاکم أن یوکل من ینوب عنه فی الحجر و یوکل الغرماء من یطلبه منه، أما المحجور علیه فلا یصح له أن یستنیب من یحکم علیه بالحجر عنه» و مراده أن یکون النائب نفسه محجورا علیه.

و أما رد السلام فقد جزم فی جامع المقاصد بعدم صحه التوکیل فیه، و أنه متعلق بمن سلم علیه، معللا له بأن وجوبه فوری و التوکیل مؤد إلی فواته، و فیه أن مجرد ذلک لا یصلح للمانعیه، لإمکان تصورها مع عدم فواتها، و کذا الکلام فی کل فوری خیار و غیره، و أما التوکیل فی الإقرار ففیه بحث تعرفه إنشاء الله تعالی فیما یأتی، هذا کله فیما لا یدخله النیابه لمعلومیه اعتبار الشارع فیه ما ینافیها.

[أما ما تدخله النیابه]

و أما ما تدخله النیابه، فضابطه: ما جعل ذریعه إلی غرض لا یختص بالمباشره و یکفی فی ذلک عدم العلم باعتبارها، لعموم مشروعیه الوکاله و النیابه کما عرفت، کأ نواع البیع و توابعه من قبض الثمن و دفع المثمن، و الإقاله، و إثبات الخیار و الفسخ به، و نحو ذلک.

و کذا الرهن و الصلح و الحواله و الکفاله و الضمان و الشرکه و الوکاله و العاریه و فی الأخذ بالشفعه و الإبراء و الودیعه و الوصیه و قسم الصدقات و قبضها و دفعها و عقد النکاح و توابعه من فرض الصداق و الفسخ بالعیب و الخلع (۱۱) و المبارأه و الطلاق (۱۲) و غیرها و استیفاء القصاص

و إن شرع للتشفی و قبض الدیات، و فی الجهاد علی وجه لأن المقصود به حمایه الدین، و حراسه المسلمین، فلا یتعلق الغرض فیه بمعین.

نعم لو فرض تعینه بتعیین الإمام إیاه لجوده رأیه فی الحرب أو بتوقف الدفع علیه، لم یجز التوکیل فیه، و فی جامع المقاصد هذا هو المراد بقوله علی وجه، و فی استیفاء الحدود مطلقا مع حضور المستحق و غیبته، و سواء کان الحد لآدمی أو لله تعالی.

و کذا یجوز التوکیل فی إثبات حدود الآدمیین التی هی أحد حقوقهم، أما حدود الله سبحانه و تعالی فلا یجوز عند المصنف و الفاضل فی القواعد، بل تحریره المنع منه مطلقا، إلا فی حد القذف.

لکن فی التذکره صرح بجوازه فی إثبات حد الله فضلا عن الآدمی، محتجا بأن

النبی صلی الله علیه و آله و سلم (۱)وکل أنیسا فی إثبات الحد و استیفائه جمیعا حیث قال له «فان اعترفت فارجمها»

و بدخول ذلک فی نیابه النواب الذین کانوا یرسلونهم إلی الأطراف، و لعله الأقوی فی النظر، فیجوز للإمام و نائبه العام ذلک، و لا ینافیه درء الحد بالشبهه. نعم لیس لأحد توکیل غیره فی ذلک، لاستواء المکلفین فی الحسبه، و یمکن حمل عباره المصنف و غیره علی ذلک.

و کذا یجوز التوکیل فی عقد السبق و الرمایه کغیره من العقود و العتق و التدبیر و الکتابه، و فی الدعوی، و فی إثبات الحجج و الحقوق و غیرها مما لا حاجه إلی تعدادها بعد ما عرفت من الأصل الذی ذکرناه، مع أن هذا التعداد لا یفی بحصرها، کما أن الضابط المزبور لا یجدی فی أفراد الشک.

اللهم إلا أن یریدوا به ما أشرنا إلیه من الاکتفاء بعدم العلم فیه، و لعله المقصود لهم، کما یومی إلیه تعرضهم للدلیل فی ممنوع التوکیل، بخلاف غیره مما اکتفوا فی جواز التوکیل فیه، بعدم ما یقتضی المنع، و بذلک یتم أیضا ما ذکرناه

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۸ ص ۲۲۵.

من الأصل المزبور و الله العالم.

و الثانی من الأمور المعتبره فی الموکل فیه أن یکون معلوما بنوع من العلم، کما عرفت تفصیل البحث فیه سابقا علی هذا الفصل، و کذا عرفت الحال فیما لو وکل علی کل قلیل و کثیر و أنه قیل لا یصح لما یتطرق من احتمال الضرر یعتق جمیع عبیده، و تطلیق جمیع نسائه، و هبه جمیع أملاکه و نحو ذلک، مما لا یوجه و قیل یجوز، و یندفع الاحتمال باعتبار المصلحه و لکن قال المصنف هو بعید عن موضع الفرض الذی هو العموم المزبور.

نعم لو وکله علی کل ما یملک صح لأنه یناط بالمصلحه بعد اندفاع معظم الغرر عنه بتخصیص المتعلق فی الجمله.

و فیه أولا: أن العموم أولی باعتبار المصلحه المعتبره فی الفرد الخاص، فضلا عنه.

و ثانیا: أنه لا فرق فی ضبط المصلحه بین العمومین، فان انتشار العام لا یمنع من ذلک، فان مرجع المصلحه إلی نظر الوکیل فما علم فیه المصلحه فعله، و ما اشتبه امتنع، و لأنه لو فصل ذلک العام المنتشر صح، و یقید برعایه المصلحه علی ما اعترفوا به، و ذلک مشترک بینهما و یمکن حمل کلام المصنف علی إراده البحث فی صحه الوکاله ملاحظا فیه عدم التقیید بالمصلحه، و أنه یفعل کلما یشاء، و حینئذ یبقی البحث معه فی ذلک، مع فرضها علی وجه یصح وقوعها من الموکل و أنها لا تؤثر سفها أو نحوه مما یمنعه من الوکاله فإنه یکون خارجا عما نحن فیه اما مع عدمه فالوجه الصحه لعموم الوکاله فتأمل جیدا.

الثالث: أن یکون مملوکا للموکل اتفاقا منا کما فی جامع المقاصد «فلو وکله علی طلاق امرأه سینکحها أو عتق عبد سیملکه أو بیع ثوب سیشتریه لم یصح نعم لو وکله علی شراء عبد و عتقه أو ثوب و بیعه جاز، و منه کما فی جامع المقاصد ما لو قال: طلق زوجتی ثلاثا فإنه یکون وکیلا فی الرجعتین بینهما، قال: و لکن

يرد عليه أن ذلک توکيل فى تصرف لا يملكه الموكل وقت التوكيل، فإن الرجعه انما يملكها بعد الطلاق فحقه أن لا يصح.

ثم أجاب بأنه ليس ببعيد أن يقال: إن التوكيل فى مثل هذا جائز لأنه وقع تابعا لغيره، و نحوه ما لو وكله فى شراء شاتين، و بيع إحداهما أما لو وكله فيما لا يملكه استقلالا كما لو وكل فى طلاق زوجه سينكحها لم يصح، و الفرق بين وقوع الشى ء أصلا و تبعا كثير، لأن التابع وقع مكملا بعد الحكم بصحه الوكاله، و استكمال أركانها، و قد وقع الإيماء إلى ذلك فى التذكره.

قلت: و قد تبعه عليه كل من تأخر عنه، و نظروه فى الوقف على المعدوم أصاله و تبعا.

لكن الإنصاف أنه ليس بشى ء عند التأمل، فإن النظائر لا تصلح لأن تكون دليلا، و دعوى تناول العموم له دون الأول مجرد اقتراح، و إنكار جوازه مطلقا مكابره، بل مشروعيه المضاربه حجه عليه، فإنها من الوكاله أيضا فلا بد أن يقال ما- يرجع منها الى معنى التعليق باطل، باعتبار اقتضاء تأخير متعلقها تأخرها أما مالا يرجع إلى ذلك بان جعله وكيلا عنه و نائبا منا به فيما هو أهل له، و لو بإيجاد سببه المتأخر، عن حال العقد صح، و إن لم نجعله تابعا فى وكاله شخص خاص، بل وكل شخصا على الشراء و آخر على بيع ما يشتريه ذلك، لكن على الوجه المزبور و بالجمله لا يبعد القول بمشروعيه الوكاله لما ذكرناه من عمومها فى جعل الشخص نائبا منابه و قائما مقامه فى كل ما هو أهل له، من غير فرق بين الموجود و المتجدد له من ملك و غيره.

و حينئذ له أن يبيع ما يدخله فى ملكه بإرث و هبه و غيرهما، و لعل من ذلك وكلاء الأئمه و نوابهم سيما وكلاء الناحيه و وكلاء المجتهدين فى زمن الغيبه على ما يتجدد من حق الخمس و الزكاه و غير ذلك مما هو راجع إلى الإمام عليه السلام فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع لم أجد من أحاط به.

نعم احتمله الشهيد فى حواشيه، و حكاه عن التذكره هذا، و لعله بالتأمل فيما ذكرناه يظهر لك أن العنوان المزبور فى الشرط المذكور فى غير محله، و إن انساق إلى الذهن بعض الأفراد التى تنطبق عليه، و الأمر سهل بعد معلوميه الحال فى كثير من الافراد التى هى ممنوعه مباشره و توكيلا، بل لا يجوز له فى بعضها مباشرتها للغير أيضا فلا يصح وكالته فيها و لا توكيله، و منها ما يحرم عليه مباشرتها و إن جاز التوكيل فيها ككنس الحائض و الجنب المسجد.

و على كل حال فلو قال الموكل اشتر لى من مالك كر طعام لم يصح، إذا كان المراد جعل الثمن فى العقد من مال الوكيل لما هو معلوم من عدم جواز شراء الإنسان بماله ما يملكه غيره، فيكون وكالته فيه باطله.

نعم لو قال: اشتر لى فى الذمه و اقض الثمن عنى من مالك صح، لجريان الوكاله فى وفاء الدين، و لو قال اشتر لى من الدين الذى لى عليك صح، و برء بالتسليم إلى البائع الذى قد أقامه الموكل مقام نفسه، كما تسمعه من المصنف، و لا يكفى تشخيص المديون قبل قبضه بعد أن لم يكن وكيلا على ذلك.

و حينئذ فلو شخص المديون الدين بنقد خاص و اشترى به للموكل لم يكن صحيحا و احتمل بعض الأفاضل صحته، و إن كان لم يبرء تماما إلا بالتسليم إلى البائع و حاصله أنه بذلك التشخيص يكون الملك للموكل متزلزلا و يكفى فى صحه البيع و لكن تمامه متوقف على تسليم البائع.

إلا أنه كما ترى لا يمكن انطباقه على القواعد الشرعيه، بعد فرض عدم وكالته على التشخيص المزبور، و دعوى استفاده ذلك كله من عباره الموكل ممنوعه، و ستسمع زياده لذلك عند تعرض المصنف له فى آخر الفصل الرابع و الله هو العالم بحقيقه الحال.

[الفصل الثالث فى الموكل]

الفصل الثالث: فى الموكل و يعتبر فيه البلوغ و العقل و أن يكون جائز التصرف فيما وكل فيه مما تصح فيه النيابه، فلا تصح وكاله الصبى لسلب عبارته و فعله فضلا عن عدم جواز تصرفه مميزا كان أو لم يكن أذن فيه وليه أو لم يأذن، كما عرفته غير مره.

نعم و لو بلغ عشرا جاز أن يوكل فيما له التصرف فيه، كالوصيه و الصدقه و العتق و الطلاق على روايه بل فى جامع المقاصد نسبه القول بها فى الثلاثه الأول إلى الشيخ و جماعه، بل فيه «إن القول به و إن كان مشهورا إلا أن مستنده غير واضح».

قلت: ستعرف فى كتاب الوصيه أن الأقوى جوازها فيه، إذا كانت بالمعروف لأرحامه و غيرهم، وفاقا للمشهور، أما غيرها فمحل بحث و منع، و حينئذ لا- بأس بتوكيله فيها، ضروره ترتب صحتها على جواز ذلك له، لأن احتمال اعتبار المباشره فى الجواز له كما ترى، بل الظاهر بعد جوازه له، جواز توليه لغيره ممن يجوز منه صبيا أيضا و غيره، كما أومى إليه المصنف بقوله و كذا يجوز أن يتوكل فيه، لأن احتمال اختصاص اعتبار لفظه فيه نفسه بعيد عن مذاق الفقه.

و كذا لا تصح وكاله المجنون مطبقا أو أدوارا، بلا خلاف و لا اشكال، بل قد عرفت اتفاقهم ظاهرا فيما تقدم على انه لو عرض ذلك بعد التوكيل أبطل الوكاله بل و الإذن، و إن تأمل فيه المحدث البحرانى بل مال إليه، لكنه فى غير محله، كما أوضحناه سابقا.

و لعل الشرط الثالث كان مغنيا عن ذكر الأولين، ضروره عدم جواز التصرف للصبى و المجنون، فلا تصح منهما الوكاله، و من هنا عبر الفاضل عن هذا الشرط باعتبار ملك الموكل مباشره ذلك التصرف بملك أو ولايه، ثم فرع عليه عدم الجواز للصبى و المجنون و غيرهما، و الأمر سهل بعد وضوح الحال.

و أما المملوک فلا خلاف و لا إشکال فی أن للمکاتب منه المشروط و المطلق أن یوکل فی البیع و الشراء و نحوها لأنه یملک التصرف فی الاکتساب فجاز له الوکاله فیه، نعم قد یتوقف فی وکالته عن الغیر فی ذلک ما لم یکن اکتسابا، و مقتضی الأصل المنع، کتوکیله فی غیر التکسب، و لیس الاذن المستفاد من عقد المکاتبه فی التکسب یقتضی الإذن فی غیره. لکن ستسمع إنشاء الله تحقیق الحال فیه فی محله.

و لیس للعبد القن أن یوکل إلا بإذن مولاه و إن قلنا بملکه، لکونه محجورا علیه فیه، نعم یجوز له التوکیل فیما یملک مباشرته بدون إذنه کالطلاق کما سیأتی و لو وکله إنسان بإذن مولاه بناء علی اعتبار ذلک فی صحه وکالته فی شراء نفسه من مولاه صح للعمومات و مغایره المشتری للمبیع یکفی فیها الاعتبار، مع أنها هنا حقیقیه لأن المشتری حقیقه هو الموکل کما هو واضح.

و لیس للوکیل أن یوکل عن الموکل إلا بإذن منه بصریح اللفظ أو ظاهره، أو قرینه حال أو مقال، بلا خلاف و لا إشکال، بل الإجماع بقسمیه علیه، ضروره أن مجرد وکالته علی البیع مثلا لا یقتضی وکالته، بل و لا الإذن فی إیقاع عقد الوکاله عنه للغیر، أو الإذن له فی ذلک کما هو واضح، و لیس هو کالوصی الذی وصایته ولایه، لا استنابه، فیجوز له الوکاله عن نفسه إلا مع نص الموصی علی المنع، لعموم (۱)«فَمَنْ بَدَّلَهُ» خلافا لابن حنبل فی إحدی الروایتین عنه، و ابن أبی لیلی إذا مرض أو غاب، فجوزا توکیله الغیر عن الموکل، و هو کما تری، و أما وکالته عن نفسه فظاهرهم أیضا أنها کالوکاله عن الموکل متوقفه علی الإذن من الموکل.

لکن قد یشکل ذلک بعدم ثبوت حق للوکیل علی وجه یصح توکیله، خصوصا بعد ما اعتبروا فی الموکل أن یملک مباشره ذلک التصرف بملک أو ولایه، فلا تجدی

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۱۸۱.

الإذن من الموكل فى الوكاله عنه نفسه فى كون الأمر مستحقا كى يصح توكيله عن نفسه، و الا لاقتضت مجرد وكالته هذا الاستحقاق له، على وجه لا يحتاج إلى إذن الموكل فى توكيله، و صارت الوكاله حينئذ كالولايه.

و يمكن أن يكون وجهه أن له حق النيابه فيما له فعله، و هو المراد بملك الموكل له إلا أن توقفه على إذن الموكل باعتبار توقف صيروره فعل شخص لآخر على الإذن منه فيه، و الفرض أن الوكيل الثانى يفعل الفعل عن موكله للموكل الأول، فلا يكون له إلا مع اذنه فيه، إذ مع عدمها إنما أذن فى لفظ الوكيل الأول مثلا أن يكون لفظا له، لا وكيله. كما هو واضح و نافع، و يأتى مزيد تحقيق لذلك إنشاء الله عند تعرض المصنف له.

و لو كان المملوك مأذونا له فى التجاره عن نفسه أو مولاه جاز له أن يوكل فيما جرت العاده بالتوكيل فيه لغيره من المأذونين كذلك، لأنه حينئذ بسبب العاده المزبوره كالمأذون فيه صريحا بلا خلاف و لا اشكال، نعم لا يجوز له أن يوكل فى غير ذلك لأنه يتوقف على صريح الأذن عن مولاه أو كالصريح فى جواز التعويل عليه من ظاهر لفظ أو غيره، و له أن يوكل فيما يجوز أن يتصرف فيه، من غير إذن مولاه مما تصح فيه النيابه كالطلاق و نحوه مما فيه المقتضى للجواز بلا مانع، إذ الرقيه فى حد ذاتها لا تمنع من التوكيل و إنما هى كالحجر لسفه أو فلس.

فيجوز للمحجور عليه أن يوكل فيما له التصرف فيه، من طلاق و خلع و ما شابهه (۱۱) مما هو غير داخل فى الحجر أما ما حجر عليه فيه، فلا تجوز وكالته فيه، لعدم كونه جائز التصرف حالها، و هى استنابه.

لكن الإنصاف إن لم يكن إجماعا إمكان القول بصحتها، و إن توقف تصرف الوكيل على فك الحجر عن الموكل نحو الوكاله على طلاق امرأه و هى فى طهر المواقعه أو حال الحيض الذى لا خلاف نصا و فتوى فى جوازه، و ليس ذا من التعليق فى شى ء بل

و لا- من الوكاله فی طلاق امرأه سینکحها، فما فی التذکره «من أنه من جوز التوکیل فی طلاق امرأه سینکحها، و بیع عبد سیملکه، فقیاسه تجویز توکیل المحجور علیه بما سیأذن له فیه الولی و کل هذا عندنا باطل» لا یخلو من نظر.

و کیف کان ف لا- یجوز ان یوکل المحرم فی عقد النکاح و لا ابتیاع الصید بل ظاهرهم الاتفاق علیه، لعدم جواز أصل الفعل للموکل، فلا تجوز وکالته فیه، بل لا تجوز وکالته عن الغیر فی ذلک کما ستعرف، لحرمه أصل الفعل علیه.

نعم هذا کله فی الوکاله لإراده الوقوع حال الإحرام، أما لو حصلت الوکاله حالته لإراده الوقوع حال الإحلال ففی المسالک «ظاهر العباره منعه، و الأولی الجواز» و هو مؤید لما قلناه سابقا، لکن فی جامع المقاصد «ظاهرهم عدم الجواز، فلا یعتمد علی هذا التوکیل لعدم کونه مالکا لمباشره هذا التصرف الان. و هو شرط عندنا، فکان کما لو وکل فی طلاق امرأه سینکحها» ثم حکی عباره التذکره السابقه، إلا أنه لا یخفی علیک ما فیه بعد الإحاطه بما ذکرناه.

مضافا إلی خصوص

خبر الرازی (۱)«قلت: لأبی عبد الله علیه السلام: رجل وکل رجلا- بطلاق امرأته إذا حاضت و طهرت، و خرج الرجل فبدا له فأشهد أنه قد أبطل ما کان أمره به. و أنه قد بدا له فی ذلک، قال: فلیعلم أهله و لیعلم الوکیل».

هذا و تمام الکلام فی حکم المحرم فی محله و کذا المعتکف بناء علی مساواته له فی حرمه الشراء و نحوه، فلاحظ و تأمل، و علی کل حال فقد ظهر بما ذکرنا أنه لا إشکال فی صحه الوکاله مع اجتماع ما عرفت فی الموکل.

و حینئذ فلا إشکال فی أنه یجوز للأب و الجد أن یوکلا عن الولد الصغیر فی کل مالهما الولایه فیه کغیرهما من الأولیاء، و کذا تصح الوکاله فی الطلاق للغائب إجماعا أو ضروره لوجود المقتضی و عدم المانع، فما عن

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحکام الوکاله الحدیث- ۱.

ابن سماعه من الخلاف فی ذلک لا ینبغی الالتفات الیه، بل و للحاضر علی الأظهر الأشهر بل المشهور، بل عن ابن إدریس نفی الخلاف فیه بین المسلمین، لعموم الوکاله و خصوص ترک الاستفصال فی صحیح الأعرج (۱)و غیره.

خلافا للمحکی عن الشیخ و القاضی و التقی فمنعوها فی الثانی ل

قوله علیه السلام (۲)«الطلاق بید من أخذ بالساق»

المراد منه بقرینه معلومیه جواز الوکاله فی الغائب أن أمره إلیه مباشره أو وکاله، و إطلاق

خبر زراره(۳)عنه علیه السلام «لا تجوز الوکاله فی الطلاق»

المقتصر فی تقییده علی الغائب عن البلد، جمعا بینه و بین النصوص المزبوره.

إلا أنه کما تری- مع قصور سنده و منافاه إطلاقه الإجماع و إن حکی عن ابن سماعه- لا یقاوم ما سمعت من الأدله من وجوه، خصوصا مع عدم التعرض فی شی ء من النصوص لغیبه و لا حضور، و إن صرح بعضها بالجواز فی الأول، إلا أن إثباته لا ینفی ما عداه کما هو واضح، و الله العالم.

و لو قال الموکل اصنع ما شئت کان دالا علی الإذن فی التوکیل عن الموکل و عن نفسه لانه تسلیط علی ما تتعلق به المشیئه الذی یندرج فیه الفرض فإن لفظ- ما- للعموم الذی لا فرق بینه و بین الخصوص فی الاعتبار، و إن تفاوتا فی القوه و الضعف فما فی التذکره من الخلاف فی ذلک محتجا بأن التعمیم فیما یفعله بنفسه، فلا یتناول التوکیل- فی غیر محله.

و یستحب استحبابا إرشادیا أن یکون الوکیل تام البصیره فیما و کل فیه عارفا باللغه التی یتحاور بها فی الموکل فیه، بحیث یکون ملیا بتحقیق مراد الموکل، بل عن ابن البراج و ظاهر أبی الصلاح وجوبه، و لکنه ضعیف و الوجه الندب.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۹- من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحدیث- ۱.

۲- ۲ الجامع الصغیر ج ۲ ص ۵۷ طبع احمد حنفی.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۹- من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه الحدیث- ۵.

کما انه ینبغی للحاکم أن یوکل عن السفهاء من یتولی الحکومه و الخصومه عنه، إذا لم یباشر هو، و کذا یوکل من یباشر عنه جمیع ما یقتضیه الحال من التصرف الممنوعین منه و کذا غیر السفهاء ممن للحاکم ولایه علیه، و کذا الحکم فی الوصی و غیره من الأولیاء، إلا أن ینص الموصی علی عدم التوکیل عنهم و لکن یکره لذوی المروات من أهل الشرف و المناصب الجلیله الذین لا یلیق بهم الامتهان أن یتولوا المنازعه بأنفسهم لهم فضلا عنها لغیرهم.

بل قد یستفاد مما

روی عن علی علیه السلام «أن للخصومه قحما، و أن الشیطان لیحضرها، و إنی لأکره أن أحضرها»

عموم الکراهه المتسامح فیها، و إن تأکدت فیهم خصوصا، إذا کانت مع ذوی الألسنه البذیه.

و لا ینافی ذلک مخاصمه النبی صلی الله علیه و آله و سلم (۱)مع صاحب الناقه إلی رجل من قریش، ثم إلی علی علیه السلام، و

مخاصمه علی علیه السلام (۲)، مع رجل رأی عنده درع طلحه، «فقال له: إنها درع طلحه أخذت غلولا یوم البصره، فأنکره و دعاه إلی شریح القاضی فمضی علیه السلام معه إلیه،»

و هی مشهوره، و مخاصمه علی بن الحسین علیهما السلام مع زوجته الشیبانیه لما طلقها و ادعت علیه المهر، فإن الدواعی و الضرورات الرافعه للکراهه فی حقهم علیهم السلام قائمه و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۸- من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۴ من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی الحدیث ۶.

[الفصل الرابع فی الوکیل]

اشاره

الفصل الرابع فی الوکیل و یعتبر فیه البلوغ و کمال العقل بلا خلاف و لا إشکال، فلا تصح وکاله الصبی إلا فیما عرفت، و المجنون بعد سلب عبارتهما، و ما عن ابن البراج من استثناء الإذن فی دخول دار الغیر و إیصال الهدیه من سلب عباره الصبی خارج عما نحن فیه من الوکاله، مع أن ذلک مسلم بالقرائن

الداله علی صدقه عمن له ذلک، لا أنه إنشاء منه، و حینئذ فتجوز وکاله البالغ العاقل، و لو کان فاسقا أو کافرا أو مرتدا للعموم، و الامتناع فی بعض الأفراد لأمر آخر لا ینافی صحتها فی الجمله.

و حینئذ ف لو ارتد المسلم لم تبطل الوکاله ل ما عرفت من أن الارتداد لا یمنع الوکاله ابتداء، فکذا استدامه بل هی أولی للأصل، نعم قد تبطل وکاله الکافر من حیث کونها علی مسلم، کما ستعرف، و هو شی ء غیر ما نحن فیه من صحه أصل وکالته، و ظاهرهم کما اعترف به فی جامع المقاصد و المسالک عدم الفرق بین المرتد الفطری و الملی فی ذلک، و دعوی خروج الأول عن القابلیه ممنوعه، و المسلم منها بالنسبه إلی نفسه.

لکن فی حواشی الکتاب للمحقق الثانی علی قوله، «لأن الارتداد» الی آخره «إلا أن تکون الرده عن فطره و یکون رجلا، أو تکون الوکاله علی مسلم، فإن کانت غیر فطره و الوکاله علی غیر مسلم روعی فی بقاء الوکاله و عدمه عوده إلی الإسلام و عدمه، فإن عاد فوکالته باقیه، و کذا سائر تصرفاته».

و هو کما تری حتی بالنسبه إلی المراعاه التی ذکرها، لما عرفت من عدم المانع من کونه وکیلا و هو مرتد، و فی حواشی الشهید المراعاه فی المرتد عن مله إذا کان الموکل علیه مسلما، و فیه أن المتجه حینئذ البطلان، بناء علی بطلان وکالته ابتداء، فکذا استدامه، لا المراعاه.

و كيف كان فالضابط فى الوكيل هو أن كل ماله أن يليه بنفسه بمعنى جواز أصل الفعل له، و لو لعدم دليل الحرمه و تصح النيابه فيه، صح أن يكون وكيلا فيه ف تخرج العبادات و ما شابهها و إن جاز أن يليها بنفسه إلا أنه لا تصح النيابه فيها و تصح وكاله المحجور عليه لتبذير أو فلس لا لأنهما كما فى المسالك- يجوز أن يليا لأنفسهما بعض الأفعال، فتصح وكالتهما فيها بل فى غيرها- إذ هو كما ترى، خصوصا اضرابه، بل لأن لهما مباشره ذلك بأنفسهما، ضروره معلوميه عدم حرمه ذلك عليهما، و إنما هما ممنوعان من التصرف فى مالهما، لا أن من أحكامهما حرمه ذلك عليهما، كالمحرم الذى صح تنزيله على الضابط المزبور فقال:

و لا تصح نيابه المحرم فيما ليس للمحرم أن يفعله، كابتياع الصيد و إمساكه و عقد النكاح لما عرفت فى الضابط من «كل ماله أن يليه بنفسه» إذ هو ضابط للوكيل نفيا و إثباتا، و لذا ذكر تفريعا عليه ما دخل و ما خرج، و لا يشكل ذلك فى المرتد الفطرى بعدم جواز فعله ما يوقعه لغيره لنفسه، إذ قد عرفت أن المدار على حرمه المباشره التى لا دليل عليها فى المرتد من حيث ارتداده، و إنما لم يجز ذلك لعدم الملك و الذمه له شرعا، و فرق واضح بين جواز فعل الشى ء بنفسه، و بينه لنفسه، كما هو واضح.

و أيضا فالمنع من تولى الشى ء يتبع دليله، فإن كان مفاده المنع من مباشرته بمعنى حرمه أصل الفعل عليه، بحيث لم يجز فعله له و لغيره وكاله، و ولايه، و فضولا، كما فى بعض محرمات الإحرام اتبع، و إلا اقتصر عليه، فليس مجرد الامتناع لنفسه يقتضى الامتناع عن الوكاله فيه عن الغير، بل لعل الاستقراء فى كثير من الموارد و عمومات الوكاله كذلك يشهد بخلافه.

و بذلك بان أن المدار فى الضابط المزبور أمران: أحدهما: كون الفعل مما يجوز وقوعه من النائب و ليس هو من المحرمات عليه، و الثانى: كون الشى ء مما

تصح النيابه فيه فتأمل و الله العالم.

و على كل حال فلا خلاف و لا إشكال فى أنه يجوز أن تتوكل المرأه فى طلاق غيرها لزوجها و لغيره، بلا خلاف فيه بيننا، بل لعل الإجماع بقسميه عليه، و لعمومات الوكاله، و هل تصح فى طلاق نفسها قيل و القائل الشيخ لا يجوز لاشتراط المغايره بين الوكيل و المطلقه و فيه تردد بل منع ضروره اقتضاء عمومات الطلاق الاكتفاء بمثل هذه المغايره الاعتباريه نحو ما سمعته فى غير المقام من نظائره و كذا تصح وكالتها عندنا فى عقد النكاح إيجابا و قبولا لأن عبارتها معتبره فيه عندنا للعمومات خلافا للشافعى المانع من توكلها فيه إيجابا و قبولا، كالمحرم و ليس بشى ء كما ذكرناه فى محله، و حينئذ فهى مندرجه فى الضابط المزبور الذى هو مفاد العمومات، ضروره عدم حرمه شى ء من ذلك عليها، و قابليته للنيابه.

و على كل حال فلا إشكال و لا خلاف فى أنه يجوز وكاله العبد إذا أذن (۱۱) له مولاه (۱۲) للعمومات، فهو مندرج فى الضابط المزبور، أما مع عدم الإذن فظاهر المتن و غيره عدم الجواز، لحرمه التصرف فى مال الغير، و الانتفاع به بدون إذن مالكه، من غير فرق فى ذلك بين اقتضائهما منع شى ء من حقوق السيد و عدمه.

لكن فى المسالك و التذكره جواز توكيله بغير إذنه فى الأشياء القليله إذا لم يمنع شيئا من حقوقه.

و فيه: أن المانع إن كان ملكيه المولى للمنافع كما هو الظاهر، فلا فرق بين المنافيه لحق المولى و غيرها فى التوقف على الإذن، و إن كان المانع المنافاه لحق المولى لزمه الجواز فى غير ما ينافيها، سواء كانت قليله أو كثيره، و السيره فى مكالمته و محادثته إن تمت فلا يتعدى منها إلى غيرها.

و قد أطنب فى المسالك فى الجواب عن ذلك بما لا يرجع إلى محصل، إذ هو

إمـا دعوى دلالـه القرائن على إذن السـيد فى ذلک، و هو خروج عن وظيفه الفقيه، أو دعوى الإذن شـرعا فيه حتى تعلم الكراهه، للسيره المستمره، بل و إن علمت، لانه كالاستظلال بحائط الغير، و فيهما معا منع واضح.

نعم قـد يقـال بترتب الصـحه على عقـده و إن بطلت وكـالته، مع فرض اسـتمرار إذن المالک به بعـد عـدم سـلب عبارته، بل لعله كذلک حتى مع نهى السيد، فإن أقصى ذلک ترتب الإثم لا الفساد.

و كيف كـان فـالمراد فى صـحه وكالته بالإذن أن قبوله لا يؤثر إلا معها، بل الظاهر أن للسـيد أن يقبل عنه فيكون وكيلا و إن لم يرض هو، سواء كان بجعل أو غيره، كما له تزويـج أمته قهرا، بل ليس له عزل نفسه عن الوكاله مع نهى السـيد، بل و لا مع عـدم إذنه كما هو واضح.

و على كـل حال ف يجوز أن يوكله مولاه فى إعتاق نفسه كما جاز وكالته فى بيعها و شـرائها، و ليس فى الأدله ما يقتضـى أزيد من المغايره الاعتباريه بين المعتق و البائع و المشترى و محل الصيغه كما عرفته سابقا و الله العالم.

و لا يشترط عـداله الولى و لا الوكيل فى عقـد النكاح بلا خلاف فيه بيننا، بل و لا إشـكال، فيجوز للأب و الجـد ذلک و إن كانا فاسـقين، كمـا يجوز الوكاله للفاسق فيه إيجابا و قبولا، للعمومات، خلافا للمحكى عن بعض الشافعيه من اشتراط العـداله فيهما، و لا ريب فى ضعفه.

نعم فى اعتبـار عـدالتهما فى ولاـيه المـال خلاف على ما فى المسالک، بل حكى فيها عن التـذكره القطع بأن الفاسق لا ولايه له، حتى لو كان عدلا ففسق انتزع المال منه، و أنه استشـكل فى ذلک فى القواعد فى كتاب الوصايا، و على كل حال هو بحث آخر غير ما نحن فيه كما هو واضح.

و لا يتوكل الـذمى على تحصـيل حق من المسـلم للذمى، و لا للمسـلم على القول المشـهور بل فى التذكره و التنقيح و عن ظاهر المهذب و المسالک و

غيرهما الإجماع عليه، و هو إن تم، الحجه، لا الآيه(۱)التى لا يخفى عليك ما فى دلالتها على ذلك، خصوصا بعد ورود تفسيرها بأن المراد من السبيل الحجه، على أن ذلك هو سبيل صاحب الحق الذى فرعه الوكيل.

و لاـ إشكال فى جواز مضاربه الذمى، و إن باع من مسلم و طالب بالثمن، و هى متضمنه للوكاله، أى بعد أن كان الدليل الإجماع، لا الآيه، و حينئذ فلا معنى للتعدى عن مورد الإجماع اللهم إلا أن يدعى الأولويه الممنوعه. و إن جزم بها فى الرياض تبعا للشهيد فى المسالك بل قد يقال بجواز الاذن له فى ذلك، و إن لم يكن وكاله فإنها هى مورد الإجماع المزبور.

بل قد يقال: بجواز وكاله المسلم له على استيفاء ماله فى ذمه المسلم، بما للمسلم فى يده من المال، لعدم اندراجه فى الإجماع الظاهر فى غير الفرض، كما أنه ظاهر فى الاختصاص بما إذا تضمن الوكاله نوع قهر و سلطنه للتعبير بلفظ على، و الاستدلال بالآيه.

أما غيره كالوكاله فى العقد معه أو إعطاؤه دينارا مثلا فالمتجه الجواز، وفاقا لجماعه

من متأخرى المتأخرين، لعموم أدلته، خلافا للمحكى عن ابن زهره من المنع عن توكله على تزويج المسلمه من المسلم، و عن توكيل المسلم على تزويج المشركه من الكافر، مدعيا عليه إجماع الإماميه، معللا ذلك بأنهما لا يملكان لأنفسهما ذلك، و فيه منع واضح، بل قد عرفت أن الضابط فى الوكيل جواز مباشرته بنفسه، لا جوازه لنفسه و الله العالم.

و هل يتوكل المسلم للذمى على المسلم فيه تردد و خلاف، فعن ظاهر المفيد و الشيخ فى النهايه و الديلمى و أبى الصلاح و ابن زهره المنع، بل عن الأخير منهم الإجماع عليه، و الوجه كما عن عامه المتأخرين الجواز على كراهيه

۱- ۱ سوره النساء الآيه ۱۴۱.

للعموم السالم عن معارضه ما يقتضى المنع حتى الآيه، فإنه ليس إثبات سبيل للكافر، بناء على كون المراد منه سبيل الوكاله، لا سبيل التوكيل، و إلا لجاز للمسلم أن يوكل الذمى على المسلم، و قد عرفت أنها إحدى الصورتين المسوغتين.

بل لعل مراد الجميع الكراهه، كما عساه يومى إليه ما عن التذكره من الإجماع على الجواز لكن على كراهه، فإنه لا يتم إلا بحمل عبارات القدماء التى هى بمرأى منه على ذلك.

و ربما يرشد إليه أيضا ما فى محكى المختلف «و يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم، و لم يكره ذلك أحد من الفقهاء، دليلنا إجماع الفرقه، و لأنه لا دليل على جوازه» فإنه و إن أشعرت عبارته الأخيره بإراده الحرمه من الكراهه فى أولها، لكن يمكن العكس، بل لعله أولى، فيراد الجواز الخالى منها، خصوصا بعد ملاحظه ما عن مبسوطه «يكره أن يتوكل مسلم لكافر على مسلم، و ليس بمفسد للوكاله» و بعد معلوميه دليل أصل الجواز من العمومات و غيرها، و دعوى أنه من السبيل المنفى أيضا واضحه المنع.

و على كل حال فما عرفت، حكم الصور الثلاثه، أما باقى الصور الثمانيه المتصوره فى المقام لأن الموكل إما مسلم أو ذمى، و الوكيل كذلك، و الموكل عليه كذلك، فلا إشكال فى جوازها بلا كراهه، و إلى بعضها أشار المصنف بقوله و يجوز أن يتوكل الذمى على الذمى و الله العالم.

و يقتصر الوكيل فى التصرف على ما استفاد من عقد الوكاله انه أذن له فيه صريحا أو ظاهرا و لو بمعونه القرائن الحاليه أو المقاليه أ و ما تشهد العاده ب إراده الاذن فيه من حيث تعلق الوكاله على وجه يكون وكيلا فيه، أما لو شهدت بأنه لو علم ذلك لرضى و إلا فهو حال عقد الوكاله خال عن تصور ذلك، فهو من التصرف بالفحوى، و إن كان سببها مورد الوكاله. لا الوكاله المعتبر فيها قصد الإنشاء، و بذلك افترقت عن الاحكام التى لم يعتبر فيها تعلق قصد الإنشاء العقديه

كما هو واضح.

اللهم إلا ان يكون قصد تعلق إنشائها بما يدل عليه متعلقها بأى دلاله تكون، و فرض الدلاله، فيتحقق الوكاله حينئذ، و لا بد من ملاحظه ذلك فى الأمثله الآتيه.

فلو أمره ببيع السلعه بدينار مثلا نسيئه فباعها بدينارين نقدا صح، و كذا لو باعها بدينار نقدا إلا أن يكون هناك غرض صحيح يتعلق بالتأجيل كالخوف على الثمن مع الحلول و نحوه، فإنه حينئذ لا يجوز التعدى و إذا وقع كان فضولا، بل لعل المتجه ما فى المسالك و غيرها من عدم جواز التعدى مع احتمال الغرض الصحيح احتمالا معتدا به.

و كذا الكلام فى الشراء نسيئه، بمثل ما أمره به نقدا، فلا يجوز التعدى حينئذ إلا مع تحقق عدم الغرض، و أما الثمن المعين فيمكن كون الاقتصار عليه إرفاقا بالمشترى إن كان معينا فلا يجوز بيعه بأزيد، و لو لم يكن معينا ففى المسالك جاز البيع بالأكثر مع عدم العلم بالغرض، و عدم التصريح بالنهى عن الزائد، لندور الغرض فى الفرض المذكور، و أغلبيه إراده الأزيد، مع إمكان أن يريد الإرفاق المطلق، أو عدم الاشظاظ فى البيع، أو سهوله المعامله، فإنه مندوب إليه شرعا، أو عدم زياده الربح عن مقدار معين لغرض شرعى، أو غير ذلك، لأن هذه الأمور نادره فى المطلق، فلا يلتفت إليها مع الاشتباه.

قلت: لا ريب فى عدم جواز التعدى مع فرض الاشتباه كما جزم به فى جامع المقاصد، و بأنه لا مدخليه لكون الغرض أكثريا فى أحدهما دون الآخر.

نعم لا بأس به مع فرض عدم الاعتداد بالاحتمال على وجه لا ينافى الطمأنينه عاده بإراده المثاليه كما هو واضح.

أما لو امره ببيعه حالا فباعه مؤجلا لم يصح و لم يمض و لو كان بأكثر مما عين، لأن الأغراض تتعلق بالتعجيل إلا ان يفهم عدم تحلل الحلول، و لو امره ببيعه فى سوق مخصوص فباع فى غيره بالثمن الذى عين له، أو مع الإطلاق بثمن

المثل صح، إذا لغرض تحصيل الثمن فيكون ذكر السوق المخصوص حينئذ مثالا لغيره، و لو فرض احتمال الغرض له فى ذلك احتمالا معتدا به لم يجز التعدى عن عن مفاد اللفظ، و من هنا حكى عن التذكره اعتبار العلم بعدم الغرض فى جواز التعدى.

بل قد يحتمل عدم جوازه و إن علم عدم الغرض إلا انه لم يحضر فى بال الموكل إلا خصوصيه السوق المزبور، بمعنى انه لم يفهم منه إراده المثاليه، إذ عدم الغرض أعم من ذلك، و من ذلك يعرف ما فى المسالك هنا من الاكتفاء بعدم العلم بالغرض، خصوصا بعد اعتبار العلم بعدم الغرض فى السابق مع عدم الفرق بين المقامين.

و كذا ما فيها أيضا من انه لو علم عدم الغرض صح البيع قطعا لكن لا يجوز نقل المبيع اليه، فلو فعله كان ضامنا، و انما الفائده صحه المعامله لا غير، ضروره ان الحكم فيه مثل البيع مع فرض القطع بعدم الغرض فى كونه فى السوق المخصوص و بإراده المثاليه من ذكره فأى فرق بين البيع و بين نقل المبيع كما هو واضح.

فما فى الرياض- من ان التجاوز بالثمن للأولويه لا تقتضى الاذن فى نقل العين الى مكان آخر، فيده حينئذ عاديه، مثل البيع الزائد على المسمى الذى هو أولى- فى غير محله، بل هو غير مفروض المسأله الذى هو ما علم بإراده المثاليه من السوق فيه فتأمل، هذا كله فيما عرفت.

أما لو قال: بعه من فلان فباعه من غيره لم يصح و لو تضاعف الثمن، لأن الأغراض فى الغرماء تتفاوت بتفاوت الأشخاص، فلا يجوز التخطى حينئذ مع الإطلاق قطعا سواء علم الغرض أو جهل الحال، بل فى المسالك أم علم انتفاء الغرض على ما يظهر من إطلاقهم وقوفا مع الاذن، لكن فيه انه مناف لكلامهم و للواقع، مع فرض القطع بإراده المثاليه إذ لا تفاوت فى ذلك بين تعيين الثمن و الزمان و المكان و المشترى فى كونه المدار.

نعم هو مؤيد لما ذكرناه سابقا من ان العلم بعدم الغرض لا يقتضى إراده المثاليه،

بـل يمكن أن يكون لعـدم خطور غير تلـك الخصوصـيه فى ذهن الموكل حال إنشاء عقـد الوكاله، و حينئـذ يتجه الاقتصار على ذلك لعدم اقتضاء عقد الوكاله غيره، إلا أن هذا لا يخص المقام كما هو واضح.

و كذا لا يجوز التخطى فيما لو أمره بأن يشترى بعين المال بعباره صريحه أو ظاهره، كاشتر بهذا المال لاقتضاء الباء المقابله إن لم يكن عرف يصرف عن ذلك فاشترى فى الذمه أو أمره بالشراء فى الذمه على الوجه المزبور فاشترى بالعين بل يكون فضولا لأنه تصـرف لم يؤذن فيه، و هو مما تتفاوت فيه المقاصد باعتبار خلوص المال من الشـبهه، و عدم اراده بذل غيره لو تلف و بالعكس فى الشراء بالذمه.

لكن لا يخفى عليك جريان كثير مما ذكرنا فيه أيضا، ضـروره عـدم الفرق فى هـذه الأمثله، بل و لا فى غيرها فى ذلك، و لذا لا ينبغى الإطناب فى الإكثار منها و الله العالم.

و إذا ابتاع الوكيل، وقع الشـراء عن الموكل الذى قصد نائبه الشراء له و لا يدخل فى ملك الوكيل عندنا خصوصا إذا كان الشراء بعين مـال الموكـل لعـدم القصـد و لعـدم ملكه العوض و لأنه لو دخل فى ملكه لزم أن ينعتق عليه أبوه و ولـده لو اشتراهما، كما ينعتق أبو الموكل و ولده.

و دعوى أنه فى الزمن الثانى يدخل فى ملك الموكل يدفعها عدم أولويه ذلك من العتق المبنى على التغليب خلافا للمحكى عن أبى حنيفه من الانتقـال إلى الوكيـل أولاـ ثم إلى الموكل لأن حقوق العقـد تتعلق به فى الشـراء بأكثر من ثمن المثل، و لم يـذكر الموكـل لفظـا و نحوه، و لأـن الخطاب إنما جرى معه، و فيه منع تعلق الاحكام به فى نفس الأمر، و إنما تعلقت فى المثال ظاهرا، لعـدم العلم بقصـده، و الخطـاب إنمـا وقع على سبيـل النيـابه مع أنه كشـراء الأـب و الوصـى الـذى وافق فيه على الانتقال منه إلى المولى عليه، و غير ذلك مما هو واضح.

و لو وكل مسلم ذميا مثلا فى ابتياع خمر لم يصح لعدم جواز شراء الخمر فى نفسه للموكل، فلا تقع النيابه فيه كالمحرم الذى لا يجوز له توكيل المحل فى نكاحه، ضروره أنه كما يعتبر فى الوكيل جواز إيقاعه الفعل الموكل فيه فى صحه كونه وكيلا، كذا يعتبر جوازه للموكل فيه أما إذا كان أصل الفعل و طبيعته محرمه عليه فلا يصح التوكيل فيه أيضا كما هو واضح.

وكل موضع يبطل فيه الشراء للموكل للمخالفه أو لغيرها فإن كان سماه عند العقد لفظا و نيه لم يقع عن أحدهما أما عن الوكيل فلأن المفروض قصد غيره، و أما عن الموكل فلفرض مخالفته، فلم يكن وكيلا عنه.

نعم يكون العقد حينئذ فضولا ـ و إن لم يكن سماه قضى به على الوكيل فى الظاهر المقتضى مباشره الشراء له باعتبار كون الخطاب معه، و أما فى نفس الأمر فمع عدم إجازه الموكل تخلص بتجديد العقد مع البائع، فإن لم يتمكن أخذ المبيع مقاصه، فلو فرض زيادته توصل لإيصال الزائد للبائع.

و كذا لو كان الشراء بعين مال الموكل الذى لم يذكر فى اللفظ و لا بينه على ذلك، و حلف البائع على نفى العلم، فإنه يثبت به البيع ظاهرا و يغرم الوكيل للموكل مع تعذر رد العين، و لو ببذل أضعاف قيمتها لمخالفته و تفريطه فى دفع عينه، ثم يأخذ هو المبيع مقاصه، أو يدفعه للموكل من أول الأمر فى وجه قوى، و يغرم له ما زاد عليه إن كان، و إن فرض زيادته توصل إلى إيصاله إليه، و لو ذكر الموكل لفظا و قصد نفسه وقف على اجازه الموكل ظاهرا، لكن يكون الشراء فى الباطن للوكيل إن لم يكن الشراء بعين مال الموكل، و إلا كانت نيته لغوا و بنى الحكم على الظاهر.

بل فى المسالك الحكم بذلك فى الأول أيضا إذا كان للبائع غرض فى تخصيص الموكل، و فيه تأمل بناء على عدم اعتبار تعيين المشترى فى البيع الذى لم يرد من البائع فيه إلا قصد النقل عنه، و أما القابل فان قصد غيره كان له، أو فضولا و إلا وقع البيع

له إذا لم يقع العقد بالعين التى هى لغير القابل.

و حينئذ فلا عبره بقصد البائع كون المشترى شخصا خاصا، و بذلك افترق النكاح عن البيع و نحوه، باعتبار تعيين من له النكاح فيه فى العقد، بخلاف البيع، و به أيضا حكم بصحه البيع حال جهل البائع بكون المشترى قصد الشراء لغيره فباعه بزعم أن المبيع له، ثم بان أنه قصده لموكله، أو لمن هو ولى عنه.

اللهم إلا أن يقال: ان القصد و ان لم يكن معتبرا فى الصحه، لكن مع فرض تشخصه من البائع بالعقد يجب مطابقه قصد المشترى معه، و الا وقع العقد باطلا للاختلاف، و الحكم بالصحه فيما تقدم ممنوع مع فرض التشخص المزبور.

نعم لا بأس بتخيله ذلك مقارنا للعقد من دون تشخيص القصد به، و مع الشك يحكم بعدم التشخيص أيضا، لأصاله الصحه، و حينئذ يتم ما ذكره، الا أنه ينبغى جعل المدار ما ذكرنا، لا خصوص تعلق الغرض بالموكل، ضروره عدم توقف التشخيص المزبور على الغرض، بل يمكن اتفاقه و ان لم يكن له غرض بذلك كما هو واضح بأدنى تأمل.

و كذا الكلام فيما لو أنكر الموكل الوكاله و حلف على ذلك أى يبطل كون الشراء له، لكن ان كان الوكيل مبطلا و لم يذكر الموكل لفظا و لا نيه و كان الشراء بالذمه فالملك له أى الوكيل ظاهرا أو باطنا و ان كان محقا و نواه كان الشراء للموكل باطنا و للوكيل ظاهرا، و تفصيل الحال أنه ان كان الشراء بالعين التى هى للموكل مصرحا بذلك عند العقد، أو كان بينه تشهد على أن العين له، أو كان البائع معترفا بذلك كان العقد فضولا ظاهرا، و للموكل باطنا مع فرض صدقه كذلك.

و حينئذ فإن رجع المالك فى العين و أخذها من البائع رجع إليه مبيعه مقاصه، مع فرض تصديقه بكونه وكيلا، و ان رجع بقيمه العين أو مثلها على الوكيل، لتعذر أخذها من البائع أخذ الوكيل المبيع قصاصا، و توصل الى رد ما فضل منه

عن حقه ان كـان هنـاك فضـل، و ان تلفت تخير فى الرجوع، فان رجع على البائع، رجع على الوكيل بالمبيع مع فرض وجوده أو تلفه بتفريط.

امـا لو كان قـد تلف منه بلا تفريط فلا رجوع له، ضـروره ظلم الموكل له بزعمه كما انه لو رجع على الوكيل لم يرجع على البائع بشى ء، و لو لم يعلم البائع بالحال و لا بينه، و لم يذكر فى العقد لم يجب عليه الدفع، بل يحلف على نفى العلم ان ادعى عليه، ثم يغرم الوكيل، و يأخذ العين، اى المبيع قصاصا على الوجه المزبور.

و إن كـان الوكيـل كاذبـا فى نفس الأـمر بطـل الشـراء، سواء نوى المالك أو نفسه، أو لم ينو و جاء فيه التفصـيل السابق بين علم البائع بذلك و عدمه.

و فى المسالك «إن كانت العين قـد تلفت عند البائع وجب على الوكيل رد العين اليه، و إن كانت باقيه عنده فخلاص الوكيل أن يصالح الموكل عليها بما دفعه من المثل أو القيمه ثم يصالح البائع على العين إن أمكن».

و فيه أن مقتضاه عـدم ضـمان الثمن على البائع مطلقا و إلا كان المتجه الخلاص المزبور على التقـديرين، و لو على قيمه الثمن أو مثله، و ليس مـا نحن فيه كالثمن المـدفوع عن المغصوب من العالم بغصـبه الـذى حكى الإجماع على عـدم الرجوع به مع التلف بخلاف البقاء، و لولاه لكان الضـمان فيه متجها، لفساد المعامله و كون اليـد يد ضـمان، و التسـليط انما كان بعنوانها لا مجانا كما هو واضح.

هذا كله فى الشـراء بالعين و أما إذا كان فى الذمه و ذكر الموكل لفظا و نيه وقع له باطنا إن كان محقا و بطل ظاهرا فيأخذ المبيع عنه حينئـذ قصاصـا أو على الوجه الاـتى، و ان لم يـذكره لفظـا و لاـ نيه فالشـراء للوكيـل ظـاهرا و باطنـا، و إن كان مبطلا و ذكر الموكل لفظا و نيه بطل البيع مطلقا، و إن ذكره لفظا و نوى نفسه صـح له باطنا و بطل ظاهرا، و ان نواه خاصه فالسـلعه للبائع باطنا مطلقا. و فى المسالك «فيشتريها منه بالثمن ان كان باقيا و إلا دفعها اليه، و لا شى ء عليه» و فيه النظر السابق.

و كيف كان فلو أراد الحل واقعا فى صوره صدق دعواه فى الوكاله التى اشترى بها فى الذمه ف طريق التخلص أن يقول الموكل إن كان لى فقد بعته من الوكيل بمقدار الثمن فيصح البيع، و لا يكون هذا تعليقا للبيع على الشرط ضروره أنه معلق عليه فى الواقع، و لم يثبت اعتبار عدم هذه الصوره فى التسبيب المزبور بل مقتضى إطلاق الأدله خلافه.

و حينئذ يصح البيع، و لا يكون إقرارا منه بالوكاله و يتقاصان حينئذ قهرا ضروره أنه يكون للموكل بسبب البيع المزبور فى ذمه الوكيل مقدار ماله فى ذمه الموكل، و هو الثمن الذى أداه للبائع عنه بالوكاله المفروض صحتها واقعا، و ان لم يكن قد أدى عنه أذن له فى التأديه، و كذا لو كان المبيع فى نفس الأمر للبائع فطريق تخلصه أن يقول له بعتكها إن كان هو لى بالثمن المزبور.

و على كل حال ف ان امتنع الموكل من البيع المزبور لم يجبر عليه لعدم وجوبه عليه كما لم يجب على الوكيل شراؤه من الحاكم، و إن صح ذلك بأن يقول له إن كان للموكل فقد بعتك إياه بمقدار ما اداه من الثمن إذا فرض أنه قيمته، و الا باعه بعضه و بقى البعض الأخر يدسه الوكيل فى مال الموكل كما انه لو فرض نقصانه اشتراه منه بقيمته و يترقب مالا آخر للموكل يقاصه بما بقى له ضروره أنه كان الأمر كما ذكره الوكيل فالحاكم ولى الممتنع و الا كان العقد لغوا لكن لا يجب على الوكيل مراعاه ذلك، و إن كان هو أولى بل و لا مراعاه الطريق الأول من التخلص.

بل جاز له أن يستوفى عوض ما أداه إلى البائع عن موكله من هذه السلعه، و يرد ما يفضل عليه و لو بالدس فى ماله أو يرجع بما يفضل له فيترقب له مالاـ يتمكن من المقاصه منه به بمجرد إنكار الوكاله لإطلاق أدله المقاصه من قوله تعالى (۱)«فَمَنِ اعْتَدى » و قوله تعالى (۲)«وَ الْحُرُماتُ قِصاصٌ» و غير ذلك و الله العالم.

۱- ۱ سوره البقره الآيه ۱۹۴.

۲- ۲ سوره البقره الآيه ۱۹۴.

و لو وكل اثنين مثلا فإن شرط الاجتماع من كل منهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد بشى ء من التصرف و ان كان فى الخصومه، و إن شرطه لأحدهما لم يجز له خاصه الانفراد بلا خلاف و لا

اشكال لا فى الموضوع و لا فى الحكم سواء جعل الوكيل هما أو ذكر ذلك قيدا فى وكاله كل منهما ضروره عدم اعتبار الاتحاد فى الوكاله كضروره عدم جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه.

بل و كذا لو أطلق الوكاله لهما بأن قال وكلتكما أو أنتما وكيلاى أو نحو ذلك مما هو ظاهر فى إراده وكالتهما من حيث الاجتماع، بل لا يبعد الاكتفاء فى ذلك بعدم ظهور اراده الانفراد، لوجوب الاقتصار على المتيقن بعد ان لم يكن ظهور فى الانفراد.

و

فى دعائم الإسلام (۱)عن أبى جعفر محمد بن على عليهما السلام متصلا بما سمعته عنه فى مسأله إطلاق الوكاله: «و ان أمر رجلين أن يبيعا له عبدا فباعه أحدهما لم يجز بيعه إلا أن يجعل البيع لكل واحد منهما على الانفراد أولهما معا إذا اجتمعا».

نعم لو وكل أحدهما ثم وكل الآخر فالظاهر استقلال كل منهما، و ليس وكاله الثانى عزلا للأول، كما أن وكالتهما لا يعتبر فيها الاجتماع، و إن ذكر بعض ذلك فى الوصيين على الوجه المزبور إلا أن الأقوى خلافه إلا بالقرينه، و حينئذ ف لو مات أحدهما بطلت الوكاله مع اشتراط الاجتماع، لانتفاء المركب بانتفاء أحد جزأيه، و الا بطلت وكاله الضميمه بموت الآخر دون العكس لما عرفت أيضا.

و على كل حال ف ليس للحاكم أن يضم إليه أمينا لعدم ولايته على الموكل الذى قد انتفى موضوع وكالته بالموت و فى المسالك «نبه المصنف بذلك على الفرق بين الوصى و الوكيل، حيث أن موت أحد الوصيين على الاجتماع يجوز للحاكم الضم، و الفرق أنه لا ولايه للحاكم هنا على الموكل بخلاف الوصى، لأن النظر فى حق الميت و اليتيم إليه، و إذا تعذر أحد الوصيين صار الآخر بالنسبه إلى

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۱۰.

التصرف بمنزله عدم الوصی، إذ لم یرض برأیه منفردا فتدارکه الحاکم بنصب شریک».

قلت: ما ذکره و إن کان مختار جماعه، لکن قد یقال: إن المتجه بناء علی ما ذکره انتفاء الوصی حینئذ، لما عرفت من قاعده انتفاء المرکب بانتفاء أحد جزأیه فینتقل الأمر إلی الحاکم، کما لو ماتا معا، لا أنه یضم مع الموجود شخص آخر لبقاء حق الوصایه له، و احتمال اراده تقیید ذلک بما إذا کان حیا یقتضی استقلال الباقی بالوصایه، کما عن الأکثر، و لا مدخلیه للحاکم لعدم الولایه له علی من کان له وصی. کما أوضحنا ذلک فی کتاب الوصیه.

اللهم إلا أن یقال إن الحاکم یقوم مقام المیت الذی هو شریک لعجزه بالموت عن أداء ما تکلف به إلا أنه کما تری، ضروره اقتضاء الموت بطلان هذه الولایات لا أنه باقیه معه حتی یقوم الحاکم، لعدم الدلیل علی ثبوتها بعده، بل ظاهر أدلتها اختصاصها فی حال الحیاه فالتمسک بالاستصحاب حینئذ فی غیر محله، بعد فرض ظهور الدلیل فی اعتبار الحیاه، و إن أمکن منعه لولا ظهور اتفاق الأصحاب علی ذلک، هذا. و المراد باجتماعهما علی العقد صدوره عن رأیهما و أمرهما معا لا إیقاع کل منهما الصیغه.

و فی المسالک «و إن کان ذلک جائزا أیضا قال: فلو وکل أحدهما فی إیقاع الصیغه أو وکلا ثالثا صح إن اقتضت وکالتهما جواز التوکیل، و إلا تعین علیهما إیقاع الصیغه مباشره، فیوقعها کل واحد مره، و یمکن أن یکون هذا من مواضع جواز توکیل الوکیل و لو أحدهما للآخر، لدلاله القرائن علی أنه لا یرید مباشره الصیغه مرتین غالبا».

و فیه أنه لا داعی إلی التوکیل بعد تفسیر الاجتماع بما عرفت، ضروره صدور التصرف منهما بإیقاع الواحد باطلاع الآخر و إذنه فی ذلک کما هو واضح، و لو فرض اشتراط الاجتماع فی نفس الصیغه کان المتجه صدور الإیجاب منهما دفعه أو القبول

و أما قراءه الصيغه تامه من كل واحد منهما مره مستقله فقد يشكل بالشک فی تناول الأدله لمثل هذا البيع خصوصا بعد الفصل بينهما بمده بل قد ينافيه ظاهر الأدله على نحو ما سمعته فی امتناع التعليق المنافی لظاهر دليل السببيه و يمكن حمل كلامه على الأول هذا كله فی الوكاله بقيد الاجتماع.

أما لو شرط الانفراد، جاز لكل منهما أن يتصرف غير مستصحب رأی صاحبه بلا خلاف و لا إشكال، بل وجب عليه مع إراده العزيمه من الشرط، لا الرخصه، كما ذكروا نظيره فی الوصيه و كذا الحال فيما لو كان ظاهر التوكيل ذلک، و إن لم يصرح باشتراط الانفراد و الله العالم.

و يجوز وكاله الواحد عن اثنين أيضا، و لو فی الخصومه بينهما مع عدم التضاد فی القيام بمصلحه كل منهما، كما يجوز عن المتعاقدين و عن أحدهما مع نفسه، حتى فی استيفاء القصاص من نفسه و الحد و الدين، لإطلاق الأدله و عمومها.

و لو وكل زوجته أو عبده أو عبد غيره، ثم طلق الزوجه، و أعتق العبد لم تبطل الوكاله للأصل بل فی جامع المقاصد و محكی التذكره و ظاهر المسالک عدم بطلانها بالبيع أيضا، و إن توقف فعله حينئذ على إذن المشتری إن كان غيره، كما لو وكله ابتداء، و عدم جواز التصرف بدون الإذن لا يقتضی بطلان التوكيل.

و لكن قد يناقش بعدم ما يدل على صحه مثل هذا العقد الذی لا إشكال فی توقفه على الإذن المعتبر فی الاستدامه، كالابتداء ضروره اتحاد مدرک اعتبارها، و فرق واضح بين وقوع العقد على عبد الغير ابتداء فإنه من الفضولی حينئذ و بين محل الفرض الذی قد وقع فيه العقد صحيحا للمالک فلا يتصور انقلابه فضولا.

و ليس هو كإجاره الموقوف عليه إذا مات فی أثنائها و انتقل الوقف إلى الطبقه الثانيه التی تكفی فی بقاء صحه العقد إجازتهم، باعتبار كونهم متلقين من الواقف، و العقد من أوله فی الواقع على الفضوليه، بخلاف ما نحن فيه و حينئذ فما قيل- من أنه لو لم يستأذن المشتری نفذ تصرفه و إن ترک واجبا- لا يخلو من اشكال، لعدم ثبوت

النيابه الشرعيه.

نعم يقع العقد منه فضولا أو صحيحا بالاذن مع فرض استمرارها، و لا فرق فيما ذكرنا بين أن يوكل عبده ثم يبيعه أو عبد غيره ثم يبيعه بل أو يشتريه هو، و منه يعلم ما فى القواعد من النظر فلاحظ. هذا كله فى الوكاله التى هى عقد على حسب ما عرفت.

أما لو أذن لعبده فى التصرف بماله على وجه الاستخدام به ثم أعتقه بطل الإذن لأنه على الوجه المزبور ليس على حد الوكاله، بل هو إذن تابع ل لاستخدام با لملك بخلاف عقد الوكاله الظاهر فى الاستقلال إلا مع القرينه، و كذا فى الزوجه المأذونه على حسب استخدام الرجال بأزواجهم فطلقها.

نعم لو فرض حصول الإذن لهما المساوقه للوكاله، أمكن حينئذ القول ببقائها، كالوكاله ما لم تكن قرينه على التقييد، فإنها تتبع حتى فى الوكاله أيضا، و قد أطنب فى جامع المقاصد فى وجه الفرق بين الإذن و الوكاله فى الفرض.

لكن ناقشه فى المسالك «بأن الوكاله لا تنحصر فى لفظ، بل تصح بكل ما دل على الإذن فى التصرف، و حينئذ فيشكل الفرق بينهما ببطلان الإذن دونها، اللهم إلا أن يستفاد ذلك من القرائن الخارجه الداله على أن مراده من الإذن ما دام فى رقه، و مراده فى الوكاله أنه مأذون مطلقا و حينئذ فلا فرق بين كون الإذن بصيغه الوكاله و غيرها مع احتماله فتزول مع الإذن المجرد لا مع التوكيل بلفظها، حملا لكل معنى على لفظه، و يضعف بما مر من أن الوكاله ليست أمرا مغايرا للإذن، بل تتأدى بكل ما دل عليه، و لا فرق بين الصيغتين».

قلت: فرق واضح بين الإذن و الوكاله، ضروره اعتبار إنشاء معنى العقديه الذى هو الربط بين الإيجاب و القبول فى الثانى دون الأول، و لذا لم تبطل الوكاله بعد تحققها إلا بالعزل، و نحوه مما تقدم سابقا باعتبار تحقق أثر العقد المستصحب بقاؤه، بخلاف الإذن التى يكفى فى عدم ترتب أثرها الشك فى حصولها، و لو بسبب

طرو حال مغاير لحال ابتدائها، بل قد يقال: بكفايه احتمال تغير الداعى فى ذلك، بخلاف الوكاله و الله العالم.

و إذا وكل إنسانا فى الحكومه لم يكن ذلك منه إذنا فى قبض الحق ما لم تكن ثم قرائن إذ قد يوكل من لا يستأمن على المال فلا يجوز له حينئذ ذلك، و لا يبرء من عليه الحق بتسليمه.

و كذا لو وكله فى قبض المال، فأنكر الغريم، لم يكن ذلك إذنا فى محاكمته، لأنه قد لا يرتضى للخصومه لقصوره عنها، بل و إن كان أهلا لها لأنه تعد عن الموكل فيه، كما أنه لو كان أهلا للاستئمان فى الأول لم يكن القبض له لانه تعد كما هو واضح و كأنه عرض بذلك إلى اختلاف الشافعيه بينهم و الله العالم.

[فرع لو قال وكلتک فی قبض حقی من فلان فمات لم یکن له مطالبه الورثه]

فرع لو قال: وكلتك فى قبض حقى من فلان فمات، لم يكن له مطالبه الورثه لعدم اندراجه فى عباره الوكاله أما لو قال: وكلتك فى قبض حقى الذى على فلان كان له ذلك لعدم تعيين المقبوض منه فيدخل الوارث بل المتبرع بخلاف الأول الذى قد ذكر فيه المقبوض منه بلفظ «من» المقتضيه لحصول ابتداء القبض منه.

بل قد يشك فى وكيله، فإنه و إن كان يده يده شرعا و جزم به فى المسالك و غيرها إلا أن ذلك لا يقتضى دخوله فى عباره الموكل، و حملها على اراده ما هو الأعم منهما ليس بأولى من حملها على إراده الأعم من ذلك و من المتبرع و الوارث، و خصوصا إذا كان هو الوصى على وفاء الدين، فإنه قبض منه شرعا حينئذ باعتبار قيامهم مقامه فى ذلك، و لكن لا يخفى عليك أن المدار الفهم العرفى فتأمل جيدا.

و لو وكله فى بيع فاسد مثلا للتأجيل بأجل غير معلوم و نحوه أو ابتياع كذلك لم يملك الوكاله فى الصحيح سواء كانا عالمين أو جاهلين أو

متفرقين، لعدم اندراجه فيه إلا مع القرينه عرفا على إراده الوكاله على أجل معين منطبق على ذلك تقريبا.

و على كل حال فهو غير وكيل، لا على الفاسد الممنوع شرعا، و لا على الصحيح المفروض عدم اندراجه فى عباره الموكل، فلو باع بها أو اشترى و دفع المبيع أو الثمن فهو فضولى، و يضمن ما دفعه مع عدم الإجازه، و قاعده «ما لا يضمن» قد عرفت عدم الدليل عليها بحيث يشمل المقام، و نحوه من الوكاله على مغصوب و شبهه، أو أن ما نحن فيه ليس من مقتضاها، ضروره استناد الضمان فيها إلى دفعه الذى هو بلا إذن، و المسلم منها عدم ضمان نفس العين إذا كانت بفساد الوكاله أمانه شرعيه فى يده لا مطلقا، بناء على عدم الضمان فيها إذا كانت أمانه من المالك باذن خارجه عن اذن العقد المقتضى لكونها أمانه، أو غير ذلك، لا لكونه مضمونه منه كما هو واضح بأدنى تأمل و الله العالم.

و كذا لو وكله فى ابتياع معيب لا يجوز له التخطى إلى شراء الصحيح لتفاوت الأغراض إلا مع قرينه حال أو مقال تقتضى التعدى.

و كذا لو كان لإنسان على غيره دين فوكله أن يبتاع له به متاعا جاز بلا خلاف و لا إشكال و لكن لا يبرأ إلا بالتسليم إلى البائع ضروره عدم تشخص الدين إلا بقبض من هو له، أو من يقوم مقامه، و الفرض عدم وكاله من عليه فى تشخيصه، إذ لم يأمره إلا بالشراء به المقتضى للتسليم إلى البائع.

فحينئذ إذا فرض وقوع الشراء بمثل ما فى ذمته قدرا و جنسا مثلا و أراد دفع ذلك إلى البائع وفاء عما فى ذمته لم يبرء مما للمالك فى ذمته إلا بتسليم البائع، فإن ما عينه وفاء قبل قبضه لم يتعين به مال المالك، بل هو باق على ملكه، و لو كان الابتياع وقع بماله فى ذمته على وجه صار ثمنا فلا ريب فى ملكيه البائع حينئذ، و ما يعينه قبل قبضه له لا يكون تعيينا، إلا أن المراد بالبراءه حينئذ الخلاص من عهده تسليم الثمن إلى بائعه.

و أما لو عين مقداره و أوقع الشراء به فمقتضى الضوابط الشرعيه انتقال المبيع إلى من عليه الدين، ضروره كون ما عينه باقيا على ملكه، فينبغى أن يكون المبيع له، لا لمن له الدين.

إلا أنه احتمل- فى جامع المقاصد كما تقدم سابقا و تبعه فى المسالك هنا- الاكتفاء بمثل هذا الإقرار فى صحه البيع لمن له الدين، و إن لم يحصل تمام الوفاء إلا بتسليم البائع، للاكتفاء فى الأول بنحو هذا المقدار من الملكيه، بخلاف الثانى و حاصله أنه بالإقرار المزبور يملكه من له الدين ملكا متزلزلا و يتبعه التزلزل فى براءه الذمه إلى أن يتسلم البائع ذلك منه، فتستقر البراءه حينئذ من هذه الجهه.

الا أن ذلك مناف للضوابط الشرعيه، ضروره عدم حصول الملك و لو متزلزلا لمن له الدين بعد أن لم يكن وكيلا فيه، و دعوى استفاده ذلك من عباره الوكاله المزبوره ممنوعه، و لو سلم فالمتجه حصول تمام البراءه بإقراره و تشخيصه، لأن الفرض كونه وكيلا فى ذلك، و التسليم الى البائع أمر آخر، قد وكل فيه أيضا، فلا يقتضى عدم حصول الوفاء تماما الا بالتسليم، كما هو واضح بأدنى تأمل و الله العالم.

[الفصل الخامس فيما به تثبت الوكاله]

اشاره

الفصل الخامس فيما به تثبت الوكاله على وجه تجرى عليه جميع أحكامها و لا خلاف كما لا إشكال فى أنه لا يحكم ب ثبوت الوكاله بدعوى الوكيل و ان جاز الأخذ مما فى يده مع عدم المعارض و لا بموافقه الغريم و ان الزم بإقراره، الا أنه ليس إثباتا شرعيا يمضى على الموكل لو أنكر ما لم يقم بذلك بينه، و هى شاهدان جامعان للشرائط، و كذا بالاستفاضه التى لا تفيد العلم، بل فى الكفايه الإشكال فيها معه، و ان كان فى غير محله، ضروره أنه ما وراء العلم من شى ء.

و ما أبعد ما بين ذلك و بين احتمال الثبوت بها، و ان لم تفد العلم، لدعوى عدم

الفرق بينهـا، و بين مـا صـرحوا بثبوته بهـا، كالهلاـل و نحوه، و ان كان هو أيضا كما ترى بعـد حرمه القياس، و بعـد فرض ثبوت المقيس عليه بها و ان لم تفد العلم.

و على كل حال ف لا تثبت أيضا بشـهاده النساء، و لا بشاهـد واحد و امرأتين، و لا بشاهد و يمين، على قول مشـهور فى الجميع، بل فى المسالك «لا أعلم به مخالفا» بل فى جامع المقاصد و التنقيح نفيه، بل فى التذكره و مجمع البرهان الإجماع عليه، لكن فى مفتاح الكرامه عن كشف اللثام عن الشيخ فى المبسوط فى كتاب الشهادات أنه قوى قبول شاهد و امرأتين فى الطلاق و الخلع و الوكاله و الوصيه و النسب و رؤيه الأهله.

بل حكى عن الصـدوق و المفيـد و الشيخ فى النهايه و سلار و ابنى حمزه و زهره ما هو ظاهر فى قبول شـهاده النساء فيها، و إن كان الـذى تقتضـيه قواعـد المذهب الأول لما عرفته من الإجماعات المعتضده بنفى الخلاف، و بقاعده أصاله عدم ثبوت الحق و غيرها، فلا ريب حينئذ فى ذلك، لعدم كونها مالا، و إن تعلقت به، باعتبار كونها ولايه عليه، إلا أن ذلك لا يقتضى صحه إثباتها بـالمزبورات التى سـتعرف إنشـاء الله فى محله اشتراط قبولهـا بمـا لا يكفى فيه مثل هـذا التعليق، و إن كان فى صـحيح ابن مسـلم (۱)الاكتفاء بالشاهد و اليمين فى حقوق الناس، إلا أن الظاهر إراده ما لا يشـمل ذلك منه فى مقابله العامه المنكرين حجيه ذلك بالمره إلا أن الإنصاف ما تسمعه إنشاء الله فى كتاب القضاء.

نعم لو ادعى جعلاـ على وكاله قـد فعل مقتضاها أمكن ثبوت الجعل نفسه بها، لأنه مال دونها، و لا يسـتلزم ذلك تبعض مقتضـى الشـهاده، بل هو بمنزله دعويين ثبتت إحداهما دون الأخرى، نحو ما ذكروه فى السرقه من إثبات نفس المال بذلك، دون القطع، و إن تأمل فيه فى مجمع البرهان على ما قيل.

بـل عن بعض متـأخرى المتـأخرين أن ثبوت الجعـل و المـال دون الوكاله و السـرقه لا ينطبق على القواعـد و الأصول، بل هو مما تنكره بديهه العقول إلا أنه كما ترى،

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى الحديث- ۱۲.

ضروره صدق اشتمال الفرض على المال، فيشمله ما دل على حجيه ذلك فيه، و غيره مما اعتبر الشارع فى إثباته شيئا مخصوصا و الله العالم.

و كيف كان فلا خلاف كما لا إشكال فى ثبوتها بتصديق الموكل، و بالشاهدين الجامعين للشرائط المجتمعين على مشهود عليه متحد فى الزمان و المكان و غيرهما من عقد خاص أو إقرار كذلك، بل الظاهر عدم الحاجه الى حكم الحاكم بهما، لعموم دليل الحجيه و للسيره، و لغير ذلك مما ذكرناه فى نظائر المسأله.

أما لو شهد أحدهما بالوكاله فى تاريخ و الآخر فى تاريخ آخر قبلت شهادتهما نظرا إلى العاده فى الإشهاد، إذ جمع الشهود لذلك فى الموضع الواحد قد يعسر و لأن المشهود عليه فى الحقيقه متحد، إذ هو كونه وكيلا، و الاختلاف فى تاريخ الشهاده عليه أو فى مكانه لا يقتضى اختلافا فيه، بعد أن لم يذكرا سببه من إقرار أو إنشاء، على أن ذا التاريخ السابق شاهد بكونه وكيلا فى اللاحق، و كذا بالنسبه إلى المكان، فلا ريب فى اتحاد المشهود عليه و ان اختلف تاريخ شهادتهما أو مكانها.

و كذا لو شهد أحدهما باستفاده أنه وكله بالعجميه من الموكل و الآخر بالعربيه، لأن ذلك يكون إشاره إلى المعنى الواحد و هو الاتصاف بكونه وكيلا و ان اختلفا فى طريق استفادتهما له.

لو اختلفا فى لفظ العقد بأن يشهد أحدهما أن الموكل قال فى عقده:

وكلتك و يشهد الآخر أنه قال: استنبتك لم تقبل فى المشهود لأنها شهاده على عقدين، إذ صيغه كل واحد منهما مخالفه للأخرى و الفرض عدم ثبوت كل منهما و لكن مع ذلك فيه تردد (۱۱) عند المصنف إذ مرجعه إلى أنهما شهدا فى وقتين (۱۲) على تحقق وصف الوكاله بتعدد إنشاء أو تعدد إقرار أو إنشاء و إقرار.

أما لو عدلا عن حكايه لفظ الموكل و اقتصرا على إيراد المعنى (۱۳) الذى هو كونه وكيلا جاز و إن اختلفت عبارتهما (۱۴) بلا خلاف و لا إشكال، و بذلك ظهر

لك أن الاطناب من المسالك أو غيرها فى الإيراد على عباره المصنف الاولى- و أنها منافيه للمشهور من عدم قبول الشهاده مع الاختلاف فى التاريخ إلا فى الإقرار الذى له نسبه فى الخارج و قد حصل المقتضى و هو اتفاقهما على الإقرار بها و الأصل عدم تعدد نسبته بخلاف الإنشاء- فى غير محله.

بل قال فى ذيل كلامه بعد الإطناب فى بيان الفرق بين الإقرار و غيره «هذا غايه ما يمكن توجيه ما ادعوه من الفرق، و مع ذلك لا يخلو من نظر. فكيف بما أطلق المصنف» إذ قد عرفت ان عباره المصنف الأولى صريحه أو كالصريحه فى إطلاق الشهاده بالوكاله، من دون تعرض للإقرار و الإنشاء، كما أن المراد من الثانيه الاختلاف فى استفاده الوكاله من الموكل بالعربيه و غيرها خصوصا بعد ملاحظه تعليله و قوله بعد ذلك «و لو اختلفا فى لفظ العقد» الذى قد أفتى به على وفق المشهور، ثم تردد فيه.

إنما الكلام فيما تردد فيه فنقول إن مبنى قبول الإقرار فى وقتين الاتفاق على حصول المقتضى مع عدم العلم بحصول الاختلاف، لا حصول الاتحاد فيهما، ضروره عدم العلم، لاحتمال كون الإقرار الثانى بوكاله جديده متعقبه لفسخ الاولى مثلا، و أصاله عدم الاختلاف لا يقتضى العلم بحصول الاتحاد فليس المبنى حينئذ إلا ما عرفت، و هو بعينه يمكن تقريره فى الصيغتين فى وقتين المقتضى لعدم تكاذبهما فيما شهدا به، إذ ليس هو كشهادتهما باختلافهما فى الوقت الواحد المقتضى للتناقض المانع من قبول ذلك منهما.

و حينئذ مع فرض شهاده كل منهما بصيغه فى وقت، أو بصيغه واحده فى وقتين يقال أيضا: أن مقتضى التوكيل قد حصل، و قد اتفقا على حصول مقتضاهما الذى هو الوكاله، و الأصل عدم اختلاف مقتضى الثانيه مع الأولى، إذ يمكن تكريرها للاحتياط، أو إراده الإشهاد على الإنشاء، بل قد يقال بعدم المانع فى الوكاله و نحوها من تجديد صيغتها.

و دعوى أن الثانيه بعد الاولى لغو، لا وجه لها، على أن الحكم بذلك متوقف على العلم بحصول الأولى، و حينئذ يتم المشهود عليه، و بالجمله التأمل الصادق يقتضى عدم الفرق بين الشهاده على الإقرار فى وقتين أو الإنشاء فى وقت و الإقرار فى آخر، الذى صرح فى المسالك بأنه مقتضى التعليل فى المتن و بين ما نحن فيه.

بل لعله أولى بالقبول من الأخير الذى لم يحصل شاهدان على إنشائه و لا على إقراره، إلا أنهما متفقان على حصول وصف الوكاله و هو كاف، و لعله لذلك و نحوه حكى عن الأردبيلى الجزم بموافقه المصنف على مقتضى تردده.

نعم بناء على كون الاتحاد شرطا و يعتبر العلم به يتجه عدم القبول فيه، و فى الإقرار أيضا و لو حمل عباره المصنف على إراده الشهاده على لفظ العقد فى وقت و لفظه فى وقت آخر على معنى أن الشاهد الثانى يشهد على صدوره من الموكل مكررا له و لو بإقرار منه حينئذ يكون الوجه فى قبوله أوضح، إذ ليس فيه إلا اختلاف الوقت فتأمل جيدا و قد يأتى فى كتاب القضاء و الشهادات ما ينفع فى المقام إنشاء الله.

و لو شهد أحدهما أنه وكله فى بيع عبده، و الآخر أنه وكله و زيدا، أو انه قال: لا تبعه حتى تستأمر زيدا فلا ريب فى عدم ثبوت أحدهما كما جزم به فى القواعد و غيرها.

لكن قد يقال: يمكن الحكم بالصحه حينئذ لو باع هو و زيد أو مستأمرا لزيد على وجه يمضى على الموكل لو أنكر، ضروره عدم نفى الأول للثانى، و حينئذ يدخل فيه و يتم اتفاقهما على هذا الفرد.

اللهم إلا أن يقال: إن ذلك منهما يقتضى الاختلاف فى العقد، و يأتى فيه الكلام السابق، و كذا لو شهد أحدهما أنه وكله فى بيع عبده و الآخر فى بيع عبده و جاريته صفقه، فإنه و إن لم يثبت الوكاله فى أحدهما بالخصوص، لكن لو باع صفقه يمكن القول بحصول الاتفاق منهما على مضى بيع العبد فى حق الموكل، دون الجاريه بعد فرض عدم أخذ الانفراد فى بيع العبد، أما إذا لم يقل صفقه فلا ريب فى ثبوت الوكاله فى العبد،

دون الجاريه، كما لو شهد أحدهما فى بيعه لزيد، و الآخر فى بيعه له و إن شاء لعمرو، و لو شهدا بوكالته ثم قال أحدهما: عزله، لم تثبت الوكاله، و لو كان الشاهد بالعزل ثالثا ثبتت الوكاله دونه، بناء على اعتبار التعدد فيه.

بل فى جامع المقاصد و محكى التذكره الإجماع على عدم ثبوته بخبر العدل، بل قال فى الأول: إن المراد مما فى النص و الفتوى من الاكتفاء بخبر العدل الانعزال به بعد ثبوت العزل، و فائده الاخبار حينئذ كون العزل الواقع غير نافذ لولاه لجهل الوكيل به لا ثبوت العزل به.

و لكن لا يخفى عليك ما فيه من منافاته لظاهر صحيح هشام بن سالم (۱)المتقدم سابقا من ثبوت العزل به، و أنه كالمشافهه فلا يبعد القول بأن الصحيح المزبور من باب الاخبار، لا الشهاده، بل لعله ظاهر بعضهم أو صريحه، و الإجماع المزبور لم نتحققه، بل لعل المتحقق خلافه كما أوضحنا بعض ذلك فيما تقدم.

و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال فى أنه إذا علم الحاكم بالوكاله حكم فيها بعلمه، كغيرها من حقوق الناس و حقوق الله تعالى، بل عن الانتصار و الخلاف و الغنيه و السرائر الإجماع عليه، فما عن أبى على من الخلاف فى ذلك، فى غير محله، بل قيل: إنه مناف لضرورى المذهب حيث أطبق الإماميه على الإنكار على أبى بكر فى طلب البينه من سيده النساء التى أذهب الله عنها الرجس و طهرها تطهيرا. و الله العالم.

[تفريع لو ادعى الوكاله عن غائب مثلا فى قبض ماله من غريم فإن أنكر الغريم فلا يمين عليه]

تفريع لو ادعى الوكاله عن غائب مثلا فى قبض ماله من غريم، فإن أنكر الغريم فلا يمين عليه بناء على عدم إلزامه بالتسليم لو صدقه فى العين و الدين

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كتاب الإقرار الحديث- ۲-.

الذى ستعرف الكلام فيه، و منه تعرف ما فى كلامنا فى اليمين هنا حتى فى الدين مع فتواه بالإلزام لو صدق.

و على كل حال ف ان صدقه فإن كانت عينا لم يؤمر بالتسليم من الحاكم عند الترافع إليه لتعلق إقراره فى حق الغير الذى لم تثبت الوكاله فى حقه، لتصديقه المحتمل لكذبه، و لغيره، و لكن لا يمنعه لو دفع باعتبار عدم المعارض، و من هنا لم أجد خلافا فى شى ء من ذلك إلا ما عن مجمع البرهان من التأمل فى عدم وجوب التسليم مع التصديق، و إنه إن تم لم يجز له الدفع.

و فيه أن وجوب التسليم إن قلنا به فهو فى حقه باعتبار إقراره الذى لا كلام لنا فيه، بل قد يقال بترتب الضمان عليه من هذه الجهه، لو بان أنه وكيل إلا أنه لا يقتضى إلزام الحاكم له به على وجه الحكومه القاطعه للنزاع بحيث يترتب عليها مباشرته للدفع مع فرض الامتناع منه، و هو المراد من قول المصنف و غيره «لم يؤمر» بل لعل ذلك هو الداعى للتعبير به دون عدم الوجوب.

و ليس المقام كمن فى يده مال و ادعى الوكاله فى بيعه مثلا، فإنه يؤمر بالتسليم لو باعه، و ان كانت دعواه غير نافذه أيضا على المالك، إلا أنه لما كان يده على المال و هو يصدق فيه كان معاملا فى الظاهر معامله الثابت، بخلاف ما نحن فيه فتأمل فإنه لا يخلو من دقه.

و كيف ف لو دفع إليه كان للمالك الذى لم يثبت فى حقه الوكاله و لو بيمينه استعادتها من كل منهما للعدوان المتحقق فيهما بظاهر الشرع فان تلفت بغير تفريط كان له إلزام أيهما شاء بالكل أو البعض لذلك مع فرض إنكاره الوكاله، و لا يرجع أحدهما على الآخر لو رجع عليه، لكونه ظالما عندهما فى رجوعه، أما مع التفريط فيتجه رجوع الدافع لو رجع عليه المالك على الوكيل بعد غرامته أو قبلها بالمطالبه فى وجه.

و كـذا الكلام بالنسـبه إلى الأمر بـالتسـليم لو صـدقه فيما لو كان الحق الذى ادعى الوكاله عليه دينا و لكن فيه تردد و خلاف، بل لعـل الأـقوى هنـا أنه يؤمر بالتسـليم وفاقـا للمحقق الثـانى و الشـهيد الثانى و الخراسانى و عن الحلى، لاختصاص الإقرار فى حقه، ضروره أنه يدفع الدين من خالص ماله، و إذا أنكر من له ذلك فهو على حجته، خلافا للمحكى عن الشـيخ و يحيى بن سـعيد، و الفاضـل فى الإرشـاد و والـده و الكاشـانى، من مسـاواته للعين، لأـن تسـليمه إنمـا يكون عن الموكل و لا ينفـذ إقرار الغريم عليه باسـتحقاق غيره لقبض حقه، و لاـنه لاـ يؤمر به إلاـ إذا كان مبرء للـذمه على وجه يطالب به بعـد ذلك، و من ثم يجوز لمن عليه الحق الامتناع من التسليم للمالك للإشهاد عليه، و هنا ليس كذلك كما عرفت، و لأن الدافع على جهه كونه مال الغائب لم يثبت ما يقتضيه، و الدفع على غير هذا الوجه غير واجب.

و الجميع كمـا ترى، ضـروره عـدم توقـف الأـمر بتسـليمه على نفـوذ إقراره فى حـق الغريم، بـل يكفى فيه تعلقه فى حقه من غير معارضه لحق الغير، فهو كما لو أقر بالحواله عليه من الغريم لشخص خاص، فإنه لا إشكال فى أمره بالدفع إليه.

و ان لم ينفذ ذلك فى حق الغريم، بل هو على حجته بلا خلاف أجده بين من تعرض لذلك.

نعم قـد احتمل بعضـهم عدم وجوب الدفع فيه أيضا، لكنه فى غير محله، بل اعترف بعضـهم بأنه فى غايه الضـعف، بعد أن نسـب إلى الشـافعى، ضـروره عـدم انقطاع الاحتمال حتى مع الاشـهاد على المالك لإمكان موتهما و فسـقهما و غيبتهما و غير ذلك، و حينئذ فاحتمال الضرر مع إمكان دفعه بطريق من الطرق لا يصلح مانعا لدفع الحق إلى وكيل مالكه باعتراف الغريم، مع أنه يمكن فرض المسأله فى حال القطع بعدم الضرر للغريم.

بـل من المعلوم أن جهه البحث هنـا غير ذلـك، و الـدفع على أنه مـال الغائب يكفى فى ثبوت مقتضـيه بالنسـبه إلى ذلك الإقرار المزبور الذى لا يتوقف إلزامه بمقتضاه

ج ۲۷، ص: ۴۲۰

عملا

«بإقرار العقلاء»

و بوجوب دفع الحق إلى صاحبه المطالب به على نفوذه فى حق الغير، كما هو واضح بأدنى تأمل.

و لكن ينبغى أن يعلم أنه على كل حال فى هذا لو دفع ه الغريم للوكيل و لم يكن للمالك بعد إنكاره الوكاله و عدم إجازته القبض مطالبه الوكيل، لأنه لم ينتزع عين ماله، إذ لا يتعين إلا بقبض وكيله و هو ينفى كل واحد من القسمين و بذلك افترق عن العين التى عرفت مطالبه كل و احد منهما بها.

نعم للغريم أن يعود بعد غرامته أو قبلها فى وجه على الوكيل إن كانت العين باقيه أو تلفت بتفريط منه و لا درك عليه لو تلفت بغير تفريط لتصديقه بوكالته المقتضيه عدم ضمانه.

و قد ظهر لك بما ذكرنا أنه على المختار يجب على الغريم اليمين لو ادعى الوكيل عليه العلم بوكالته فى الدين دون العين، للقاعده المشهوره المعلومه و هى كل موضع يلزم الغريم التسليم فيه لو أقر به يلزمه اليمين إذا أنكر و قد عرفت أنه يؤمر الغريم بالدفع مع التصديق، فيتوجه عليه اليمين مع إنكاره.

و من ذلك يعلم أنه لا وجه لإطلاق نفى اليمين ممن قال بأنه يؤمر بالتسليم، و كذا يجب اليمين لو ادعى عليه العلم بأنه الوارث لصاحب الحق الذى فى ذمته، للقاعده المزبوره، أما إذا ادعى عليه العلم بأنه وارث فى الجمله فقد قيل بعدم وجوب اليمين عليه، لأنه لا يؤمر بالتسليم لو صدقه، لعدم إمكان القسمه، و فى إطلاق ذلك نظر واضح.

ج ۲۷، ص: ۴۲۱

[الفصل السادس فى اللواحق و فيه مسائل]

اشاره

الفصل السادس: فى اللواحق و فيه مسائل

[المسأله الأولى الوكيل أمين]

الأولى: لا خلاف بين المسلمين و لا إشكال فى أن الوكيل سواء كان بجعل أو غيره كما هو صريح بعض و ظاهر الباقين أمين بالنسبه إلى أنه لا يضمن ما تلف فى يده الا مع التفريط أو التعدى كغيره من الأمناء الذين قد عرفت الدليل على عدم ضمانهم من النص و الإجماع فيما مضى من الكتب السابقه و كذا بالنسبه إلى تصديقه بدعوى التلف، الا ما يحكى عن بعض العامه، فيما إذا ادعاه بأمر ظاهر، و أما بالنسبه إلى قبوله فى الرد، و فى الإقرار على الموكل و غير ذلك، فسيأتى البحث فيها.

[المسأله الثانيه إذا كان أذن لوكيله أن يوكل فإن وكل عن موكله كانا وكيلين له]

المسأله الثانيه: قـد عرفت فيما مضـى أنه لا اشـكال و لا خلاف عندنا فى أنه ليس للوكيل أن يوكل غيره، و لو عن نفسه إلا بإذن الموكل التى بها يكون قول الوكيل الثانى، حيث يكون وكيلا عن الوكيل نفسه قولا للموكل، فهو حينئذ له تعلق بهما معا.

و حينئـذ ف إذا كان أذن لوكيله أن يوكل عنه أو عن نفسه فلا اشـكال و ان أطلق، فظاهر القواعـد و محكى السـرائر و التذكره و صريح جامع المقاصد و محكى مجمع البرهان أنه يوكل عن الموكل، و احتمل غير واحد أنه يوكل عن نفسه لأن المراد التسهيل عليه، و لكن ظاهر المتن التخيير بينهما.

و على كـل حـال فـإن وكـل عن موكله كانـا وكيلين له بلا خلاف و لا اشـكال ف تبطل وكالتهما معا بموته و جنونه، و لا تبطل بموت أحـدهما و لا بعزل أحـدهما، صاحبه (١١) لعـدم ارتباط وكاله أحـدهما بوكاله الآخر، و (١٢) انما كان الأول واسـطه عن الموكل فى وكالته.

نعم ان وكله عن نفسه (١٣) حيث يكون له ذلك بالإذن من الموكل فيه

أو بالإطلاق بناء على اقتضائه ذلك كان له عزله و تبطل وكالته بموته و جنونه، و بعزل الموكل له، بلا خلاف و لا إشكال، ضروره أنه فرعه، خلافا للمحكى عن الشافعى فى أحد قوليه، فلا ينعزل بعزل الوكيل، لأن التوكيل فيما يتعلق بالموكل و باذنه يقتضى كون الحق له.

و فيه ما سلف من أن الإذن من الموكل انما هى فى صيروره فعل وكيل الوكيل فعلا له بالواسطه، فالتوسط حينئذ ملحوظ، و وكالته مركبه منهما، فإن مات الموكل أو جن أو أغمى عليه أو عزل الأول بطلت وكالتهما معا و كذا ان مات وكيل الأول أو جن تبطل وكاله الثانى و هذا كله لا إشكال فى شى ء منه، إلا فى دعوى تعيين المراد من الإطلاق الذى هو إن كان منشؤه الانسياق منه عرفا أمكن منعه، و أنه إلى الإجمال أقرب من ذلك، حتى التغيير الذى لم نجد به قائلا إلا دعوى ظهور عباره المصنف، و استقربه فى المسالك إن كان قولا.

قال: «فإن العباره على تقدير انحصار الأمر فى الوجهين الأولين يمكن حملها على ما يوافقهما، بأن يجعل قوله «فإن وكل عن موكله» بأن كان مضمون توكيل الموكل له ذلك، و كذا القسم الآخر إلا أنه لا ضروره إلى ذلك، فإن المسأله محتمله، و الوجه ليس أبعد منهما».

قلت: ما ذكره فى حمل العباره لا يصلح لتنزيل الإطلاق عليه، بل يكون مبنيا على تصريح الموكل له بذلك، و هو ليس محلا للبحث، كما ان دعوى عدم بعده لا يقتضى رجحانه على غيره مع ان كلا منهما مفهوم مغاير للآخر، و إرادتهما معا خصوصيه كخصوصيه أحدهما، و لذا حكموا ببطلان التوكيل بعدم ذكر الموكل فيه، و لم ينزلوا ذلك على الإطلاق الذى هو أحد الأفراد، و لذا كان مجملا.

و ما نحن فيه و إن لم يكن كذلك باعتبار ذكر المتعلق، و هو توكيل الغير، إلا أنه قريب منه باعتبار عدم ذكر الموكل عنه أنه الموكل أو الوكيل، أو كل منهما، و لم يستعمل لإراده الإطلاق، بل و لا يفهم منه إلا بالقرينه الداله على ذلك،

و لو قطع النظر عن مفاد العباره فليس فى الأدله ما يقتضى تعيين فرد من الأفراد الثلاثه.

و التأمل فى كلامهم يعطى كمال التشويش فى مبنى ما ذكروه من التعيين و يزيده ما فى المسالك من أنه لو كان مستند الإذن فى التوكيل القرائن الحاليه يحتمل الأوجه الثلاثه، و توقف فى التذكره، و قطع فى السرائر أن الثانى يكون وكيلا للوكيل، و هو متجه، ضروره أن الحكم فى القرائن اتباع خصوص ما دلت عليه، و مع فرض عدم دلالتها على خصوص فرد من الثلاثه فالمتجه الاجمال، لا ما ذكره عن التحرير، نعم ما ذكره من أنه «لو كان المستند فى الإذن القرينه المقاليه يكون كما لو أطلق» قد يكون له وجه، فى بادى النظر، مع أن التأمل الصادق يقتضى خلافه، مع فرض كونها قرينه، لا أنها إطلاق لفظ، و حينئذ فالمتجه اتباع ما أفادته من أحد الأفراد، و إلا فالإجمال إلا أن يثبت أصل من الشرع يقتضى الوكاله عن الموكل، أو عن الوكيل أو عنهما بمجرد الإذن فى التوكيل، هذا و قد ذكر الفاضل و غيره اعتبار الأمانه فى وكاله الوكيل، بل قيدها بعضهم بالعداله إلا أن يعين الموكل غيره، بل فى القواعد و غيرها أنه لو تجددت الخيانه وجب العزل.

و لكن لا يخفى عليك عدم الدليل الشرعى على اعتبار ذلك فى خصوص الفرض بل هو ليس إلا من مراعاه المصلحه التى هى مناط تصرف الوكيل و من المعلوم عدم اختصاصها بذلك، خصوصا فيما إذا أراد توكيله على إيقاع الصيغه و نحوها، مما لم تكن له يد على مال، كما هو واضح. و يمكن تنزيل كلامهم على ذلك فلاحظ و تأمل و الله العالم.

[المسأله الثالثه يجب على الوكيل تسليم ما فى يده إلى الموكل]

المسأله الثالثه لا خلاف و لا إشكال فى أنه يجب على الوكيل تسليم ما فى يده إلى الموكل أو وكيله مع المطالبه و عدم العذر فإن امتنع حينئذ على وجه نافى خطاب الرد عرفا من غير عذر ضمن قطعا بل و إجماعا للعدوان فى استمرار يده بعد انقطاع الاذن فى ذلك بالمطالبه.

نعم لو كان له هناك عذر لم يضمن بلا خلاف أجده فيه، كما عن

التذکره الاعتراف به، إلا أنک قد عرفت سابقا فی الودیعه أنه لیس فی شی ء من النصوص تعلیق الحکم وجودا و عدما علی العذر کی یکون المدار علیه، و یتجه القول بأنه عذر عقلی و شرعی و عرفی و ان من الأخیر التشاغل بإتمام الحمام، و الطعام، و النافله، و انتظار انقطاع المطر و نحو ذلک أولا حتی اضطرب کلام بعضهم فیها، فحکم هنا به بأنها أعذار دون الودیعه التی تناسب السهوله فیها.

بل هی أولی بعد مثل ذلک فیها عذرا باعتبار اختصاص المصلحه فیها للمالک، بخلاف الوکیل الذی یمکن ان یکون له جعل، و ظاهرهم المفروغیه من عذریه الواجب الشرعی و إن استلزم ذلک طول التأخیر، کالحج الواجب، و الاعتکاف المنذور و نحوها، إلا أنه لا یخفی علیک ما فی الجمیع بعد ما عرفت من خلو الأدله عن العنوان المزبور.

فالمتجه حینئذ المحافظه علی صدق الفوریه العرفیه فی الأداء التی لا ینافیها إتمام بعض الأعمال، و لا عدم الإسراع فی المشی مثلا، و علی الترجیح عند التعارض مع الواجبات المنافیه لذلک، کما أوضحنا ذلک فی کتاب الودیعه.

بل إن لم یکن ثم إجماع اتجه القول بالضمان مع التأخیر المنافی للفور عرفا، لعذر شرعی لأصاله الضمان فی مال المسلم المحترم کدمه، أو لقاعده علی الید التی لا ینافیها عدم الإثم فی الامتناع، و إن انفسخت الوکاله و الودیعه.

و لیس فی الأدله ما یقتضی عدم الضمان فی کل ما أذن شرعا ببقائه فی یده علی وجه یشمل القرض، و قد أشرنا سابقا إلی احتمال الضمان مع تصدیق الوکیل، و إن جاز له التأخیر لعدم البینه کما أنه محتمل أیضا فی التأخیر لإراده الاشهاد فتأمل جیدا فإنه یمکن القول بأن المفروض من الأمانه الشرعیه التی لا تندرج فی العموم المزبور، باعتبار عدم صدق الأخذ علی الاستدامه، نحو وقوع الثوب فی الید بإطاره الریح و نحوه فیبقی أصل البراءه سالما کما أشرنا إلیه سابقا فی نظائر المقام، بعد منع أصاله الضمان الذی حصروا أسبابه فی أسباب مخصوصه و الله العالم.

و كيف كان ف لو زال العذر فأخر التسليم ضمن بلا خلاف و لا إشكال، لأنه من المغصوب باعتبار كون الاستيلاء عليه بغرض، فتندرج

فى قوله عليه السلام (۱)«كل مغصوب مردود»

، أى و لو بالمثل أو القيمه كما هو واضح.

و لو امتنع مثلا من الرد بعد المطالبه به مع الاعتراف به ثم ادعى بعد ذلك أن تلف المال قد كان قبل الامتناع، أو ادعى الرد قبل المطالبه، قيل لا تقبل دعواه، و إن أقام بينه لتكذيبه لها بالإقرار المفروض سابقا و

اختاره جماعه و الوجه عند المصنف أنها تقبل لعموم البينه على المدعى، خصوصا إذا أظهر لإقراره الأول وجها ممكنا، كنسيان أو اعتماد على كتابه و نحوها، إلا أنه لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطه بما ذكرناه سابقا فى الوديعه من أن المتيقن من الخبر المزبور ما إذا لم يكذبه.

على أنه معارض بما دل على حجيه الإقرار، بل هو كذلك لو أنكر أصل المال، فإنه و إن كان إنكارا إلا أنه إقرار فى حقه، على وجه ينافى سماع بينته.

نعم إذا لم يكن حال امتناعه من الرد معترفا بوجود المال، و لا منكرا لأصل قبضه، و لكن كان ذلك مماطله، اتجه حينئذ سماع بينته.

نعم إذا لم يكن حال امتناعه من الرد للخبر، و لعدم صدور ما ينافيها منه كما أنه يتجه ذلك لو ادعى الرد بعد الامتناع منه، بل و التلف بالنسبه إلى عدم الإلزام بالعين، فتسمع حينئذ البينه منه، كما هو واضح.

بل قد يقال فى الأول بسماع قوله فى التلف فضلا عن بينته، لأن ذلك المطل الذى قد كان منه لا يقتضى عدم قبول قوله فى التلف أو الرد بناء على القول به لعموم ما دل عليه أو إطلاقه و المطل المزبور يمكن أن يكون حياء من المالك أو لغير ذلك من الوجوه الصحيحه، لكن فى القواعد و محكى التذكره و السرائر التصريح بعدم قبول غير البينه منه فى الفرض المزبور و الله العالم.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب الغصب الحديث- ۳- و فيه « لان الغصب كله مردود».

[المسأله الرابعه كل من فى يده مال لغيره أو فى ذمته فله أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض]

المسأله الرابعه: كل من فى يده مال لغيره ممن تتوجه له الدعوى به و لو غصبا لا مثل الزكاه و الخمس أو فى ذمته كذلك فله أن يمتنع من التسليم حتى يشهد صاحب الحق بالقبض حال وقوعه و يستوى فى ذلك ما يقبل قوله فى رده و مالا يقبل إلا ببينه، هربا من الجحود المفضى إلى الدرك أو اليمين.

و فصل آخرون بين ما يقبل قوله فى رده كالوديعه و ما لا يقبل كالعاريه فأوجبوا التسليم فى الأول و إن لم يشهد و أجازوا الامتناع فى الثانى إلا مع الاشهاد بل عن آخرين أيضا التفصيل فى الثانى بين أن يكون بينه على أصله و عدمه، فيجب التسليم فى الثانى لتمكنه حينئذ من الإنكار بنحو «لا تستحق عندى شيئا» و شبهه، دون الأول.

و على كل حال ف الأول أشبه عند المصنف و من تأخر عنه، بل عن بعض متأخرى المتأخرين نفى القائل منا بالتفاصيل المزبوره و إنما هى للشافعيه، و إن كان فيه ما فيه، لأن الأول محكى عن المبسوط و الثانى عن يحيى بن سعيد.

بل فى محكى السرائر تقييد الحكم بما إذا لم يؤد الإشهاد إلى تأخير الحق، فإن أدى إلى ذلك فالوجه وجوب الدفع فيما يقبل فيه قوله باليمين، بل عن الأردبيلى التوقف فى أصل الحكم و لعله كذلك للعقل و النقل كتابا و سنه فى وجوب دفع الحق إلى صاحبه مع مطالبته، و خصوصا مع الضرر العظيم فى تأخيره عنه، و تعذر الاشهاد المعتبر أو تعسره فى كثير من المقامات، فلا يخالف ذلك الاحتمال ترتب ضرر عليه بالإنكار، مع أن الأصل عدمه، و ربما يطمئن الدافع فى كثير من المقامات بعدم وقوعه منه.

على أن الإشهاد المزبور لا يرفع الاحتمال المذكور، لإمكان موت الشهود و غيبتهم و خروجهم عن تأهل الشهاده، بل يمكن أن يدعى عليه العلم بخطاء الشهود و نحو ذلك، فيتوجه عليه اليمين الذى يمكن إنكار كونها ضررا على الحالف بحيث يجوز له منع الحق عن مستحقه، إلى غير ذلك مما لا يخفى وروده على إطلاق الحكم

المزبور، و لذا سمعت من الفاضل فى التحرير التقييد المزبور، و إن كان هو غير مجد فى رفع الإشكال من أصله، كما أن التفاصيل المزبوره كذلك أيضا.

نعم قد يقال: إن من فى يده مال الغير مثلا لما كان مأمورا بدفعه و إيصاله الى من له الحق، فهو مخير فى طرق الإيصال التى لا تنافى الفوريه العرفيه، و ليس فيه ضرر على المالك، فمع فرض التشاح فيها منهما بأن أراد من عليه الحق الإيصال المشتمل على الشهاده بالوصول اليه، و أراد المالك خلافه، كان الدافع هو المقدم، لأنه المخير و الفرض عدم الضرر على المالك، مع احتمال الضرر على الدافع فى غيره.

أما حال تعذر الشهود أو تعسرهم أو نحو ذلك مما كان فيه الضرر، بتأخير الحق عن صاحبه المطالب به فلا ريب فى تقديم جانب المستحق كما سمعته من الفاضل فى التحرير، فإن أمكن حينئذ حمل كلام المصنف و غيره من الأصحاب على ذلك، أو أما يقرب منه كان له وجه، لا ما عساه يظهر منه من جواز الامتناع حتى يشهد، و إن استلزم ذلك التأخير سنه أو أزيد، لتعذر الشهود أو تعسرهم و غير ذلك مما لا ينطبق على القواعد الشرعيه من دون نص معتبر، أو إجماع كذلك، بخلاف ما قلناه المبنى على ترجيح المستحق عليه على المستحق، فى اختيار بعض طرق الإيصال التى لا ضرر فيها على المالك على الوجه المزبور.

و لعل ذلك مبنى القول بالتفصيل، و ان لم ينقحوه على القواعد، و لم يلحظوا قاعده تزاحم الحقين، و ميزانه الموافق للضوابط فلاحظ و تأمل فإن المقام منه، بعد تسليم كون حق الإشهاد لمن عليه الحق معلوما من الكتاب و السنه و على كل حال فلا يلزمه دفع الوثيقه إذا كانت ملكا له، و قد أشهد على نفسه بالقبض، للأصل مع اندفاع الضرر.

[المسأله الخامسه الوكيل فى الإيداع إذا لم يشهد على الودعى لم يضمن]

المسأله الخامسه: الوكيل فى الإيداع إذا لم يشهد على الودعى لم يضمن إذا أنكر الودعى بلا خلاف محقق أجده فيه، و إن حكى فى المسالك القول بوجوب الإشهاد، إلا أنا لم نجده لأحد من أصحابنا.

نعم عن التذكره الإشكال فيه، و هو فى غير محله، ضروره عدم كون ذلك

تفریطا عرفا، خصوصا فی الودیعه المبنیه علی الإخفاء، و لذا لم یکن ترکه کترکه فی ردها الی وکیل المالک، تفریطا بها، بلا خلاف أجده فیه أیضا، و لو أنکر المالک الدفع إلی الودعی، فالقول قول الوکیل الذی هو أمین علی ذلک، هذا کله فی وکیل الإیداع.

و أما لو کان وکیلا فی قضاء الدین فلم یشهد بالقبض ضمن لو أنکره کما عن الشیخ و الفاضل فی جمله من کتبه، و ولده و الشهیدین و المحقق الثانی للتفریط و لکن فی المتن فیه تردد و کذا القواعد، بل کأنه قال به فی محکی المختلف، بل عن الأردبیلی الجزم بذلک و لعله لعدم صدق التفریط عرفا، لا أقل من الشک، و الأصل عدم الضمان، مضافا إلی السیره و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا تعدی الوکیل فی مال الموکل ضمنه]

المسأله السادسه: إذا تعدی الوکیل فی مال الموکل بلبس و نحوه ضمنه قطعا و لکن لا تبطل وکالته علی بیعه مثلا بلا خلاف أجده بین من تعرض له، إلا ما یحکی عن أبی علی و أحد وجهی الشافعیه لعدم التنافی بین الضمان بسببه الشرعی، و بقاء الوکاله المستصحب المحتاج رفعه إلی فاسخ شرعی أو إنشاء عزل المالک، کما تقدم الکلام فی نظائره من الرهن، و مال القراض، و العاریه بل و الودیعه، و إن ظهر من بعض العبارات انفساخها بذلک، لکنه فی غیر محله، بل الظاهر بقاء أحکام الأمانه غیر الضمان.

نعم لو فرض اعتبار عدالته فی وکالته، أمکن انعزاله حینئذ بالفسق بالتعدی کما هو واضح، و حینئذ ف لو باع الوکیل ما تعدی فیه و سلمه إلی المشتری بری ء من ضمانه (۱۱) بلا خلاف أجده فیه، کما اعترف به فی المسالک، بل فی محکی التذکره الإجماع علیه لانه تسلیم مأذون فیه فجری مجری قبض المالک (۱۲) المعلوم انقطاع الضمان به، و لا یکون الثمن مضمونا لعدم التعدی فیه.

نعم رجح ثانی المحققین و الشهیدین عدم زوال ضمانه بالبیع قبل القبض، لانه ربما بطل العقد بتلفه قبل قبض المشتری، فیکون التلف من ملک الموکل، و فیه أن

ذلک یقتضی الانفساخ من حینه علی الأصح، فیکون قد تلف و هو ملک المشتری و إن اقتضی ذلک انفساخ البیع، کما لو رده المشتری علی الوکیل بعیب، حیث یکون وکیلا علیه أیضا بعد الرد و لو بالوکاله الأولی، فإنه قد صرح فی المسالک بعدم الضمان فیه و الفرق بینهما غیر واضح.

اللهم إلا أن یکون قد بنی الأول علی الانفساخ من الأصل به کما لعله- الظاهر من آخر کلامه، و بما ذکرنا یظهر لک النظر أیضا فیما عن التحریر من التوقف فی الضمان فی الأول، و الجزم به فی الثانی، کما عن التذکره، کما أنه یظهر منه أیضا انقطاع الضمان عنه ببیعه بالخیار إلی مده یفسخ فیها، فضلا عن أن یکون الفسخ من المشتری، لانقطاع أثر سبب الضمان للاول بالخروج عن ملکه و لو متزلزلا، و احتمال تبعیه وصف الضمان لتزلزله لا دلیل علیه، بعد معلومیه انقطاعه بالانتقال المزبور، فلیس العود حینئذ إلا کعوده من المالک، بعد وصوله إلیه فهو کالاستیمان الجدید فتأمل جیدا و الله العالم.

[المسأله السابعه إذا أذن الموکل لوکیله فی بیع ماله من نفسه فباع جاز]

المسأله السابعه إذا أذن الموکل لوکیله فی بیع ماله من نفسه فباع جاز بناء علی جواز اتحاد الموجب و القابل، کما هو المشهور بل المجمع علیه بین المتأخرین بل عن التذکره الإجماع علیه فی ثلاثه مواضع، لإطلاق الأدله و عمومها، و خصوص ما ورد منه فی الجد و الأب و الوصی و بعض النصوص الاتیه.

و لکن مع ذلک فیه تردد مما عرفت، و من أن المنساق من الأدله التغایر، لا أقل من الشک، و الأصل عدم ترتب الأثر، و لذا حکی الخلاف فیه عن جماعه، بل عن غایه المراد نسبته إلی کثیر من أصحابنا إلا أنه قد ذکرنا فی البیع و کذا فی النکاح أن الأصح الأول، و أنه لا شک فی تناول الأدله، إنما الکلام فیما إذا أطلق الموکل البیع أو الشراء مثلا.

فهل یدخل الوکیل- فیجوز له البیع و الشراء من نفسه من دون اعلام الموکل لصدق البیع و الشراء، فیندرج- فی الموکل فیه-

و ل

خبر إسحاق بن عمار(۱)قال: «قلت لأبی عبد الله علیه السلام یجی ء الرجل بدینار یرید منی دراهم فأعطیه أرخص مما أبیع، قال: أعطه أرخص ما تجد له»

أولا؟

لانسیاق غیره من الإطلاق، و لو لسبق التهمه إلی الذهن، أو الشک فی تناوله له.

و للنصوص، ک

خبر ابن الحکم (۲)عن الصادق علیه السلام «إذا قال لک الرجل اشتر لی فلا تعطه من عندک، و ان کان الذی عندک خیرا منه.»

و خبر إسحاق (۳)«سألته علیه السلام أیضا عن الرجل یبعث الی الرجل، فیقول له:

ابتع لی ثوبا، فیطلب له فی السوق فیکون عنده مثل ما یجد له بالسوق فیعطیه من عنده قال: لا تقربن هذا و لا یدنس نفسه ان الله عز و جل یقول «إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمانَهَ» الی آخره و ان کان ما عنده خیرا مما یجد له فی السوق فلا یعطیه من عنده».

و خبر القلانسی (۴)«قلت لأبی عبد الله علیه السلام: الرجل- یجیئنی بالثوب فأعرضه، فإذا

أعطیت به الشی ء زدت فیه و أخذته قال: لا تزده.»

و خبر ابن أبی حمزه(۵)«سمعت الزیات یسأل أبا عبد الله علیه السلام فقال: جعلت فداک انی رجل أبیع الزیت یأتینی من الشام فآخذ لنفسی مما أبیع قال: ما أحب لک ذلک، قال انی لست أنقص لنفسی شیئا مما أبیع، قال: بعه من غیرک و لا تأخذ منه شیئا، أ رأیت لو أن الرجل قال لک: لا أنقصک رطلا من دینار کیف کنت تصنع لا تقربه»

- خلاف:

فعن الفاضل فی التذکره و المختلف و النهایه و التلخیص و لو أحق رهن القواعد و ولده فی الإیضاح و الشهید فی الحواشی و صریح أبی الصلاح أو ظاهره الأول، و عن المبسوط و الخلاف و الإرشاد و وکاله القواعد الثانی بل عن التذکره أنه المشهور و لعل الأقوی الأول للصدق عرفا و إمکان حمل النصوص المزبوره بعد الغض

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب آداب التجاره الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب آداب التجاره الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب آداب التجاره الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۶- من أبواب آداب التجاره الحديث- ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۶- من أبواب آداب التجاره الحديث- ۲.

عمـا فی السـند و الاجمـال فی الجمله فی خبر القلانسـی منهـا کما یظهر من حواشـی التهـذیب علی ضـرب من الکراهه للتهمه و نحوها، خصوصا مع اشعار قوله فیها لا یدنس و نحوه بذلک.

مضافا إلی

خبر میسر(۱)«قلت له یجیئنی الرجل فیقول تشتری لی و یکون ما عنـدی خیرا من متاع السوق قال: إن أمنت أن لا یتهمک فأعطه من عندک، و ان خفت أن یتهمک فاشتر له من السوق»

مؤیدا ذلک کله بما ورد(۲)من جواز أن یأخذ لنفسه من وکل علی تقسیم مال للمحاویج، و کان بصـفتهم، و جواز حج الوصی بنفسه عمن هو وصی عنه و الله العالم.

[الفصل السابع فی التنازع و فیه مسائل]

اشاره

الفصل السابع فی التنازع و فیه مسائل

[المسأله الأولی إذا اختلفا فی الوکاله فالقول قول المنکر]

الأولی: إذا اختلفا فی الوکاله، فالقول قول المنکر لأنه ا لموافق ل لأصل المقتضی لاندراجه فی

قوله علیه السلام (۳)«البینه علی المدعی و الیمین علی من أنکر»

سواء کان المنکر الموکل، أو الوکیل الذی قد یدعی غیره وکالته لغرض من الأغراض کما لو کان قد اشتری شیئا ادعی الموکل أنه اشتری له بالوکـاله عنه، فـأنکر المشتری أصـل الوکـاله، أو کـانت الوکـاله مشـروطه فی عقـد لازم لأمر لا یتلافی حین النزاع للتوقیت أو لتلف العین التی اشترط الوکاله علیها، فادعی البائع مثلا أنه قد وکله لإراده لزوم

العقد، و أنکر هو ذلک لإفاده التسلط علی الفسخ.

و لو اختلفا فی التلف و عدمه فالقول قول الوکیل و إن کان مخالفا للأصل لأنه أمین بالنسبه إلی ذلک، بمعنی کونه مقبول القول فیه، بلا خلاف أجده، بل لعله کذلک بین المسلمین، فضلا عن صریح الإجماع فی المبسوط و السرائر

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب آداب التجاره الحدیث- ۴.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۸۴- من أبواب ما یکتسب به.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی الحدیث- ۳.

و جامع المقاصد و المسالک علی ما حکی عن بعضها، بل ظاهر الأکثر و معقد الإجماع و نفی الخلاف ما هو صریح بعض من عدم الفرق بین کونها بجعل و بدونه، ضروره کونه أمینا علی کل حال، بل و بین کون التلف المدعی بسبب ظاهر، کالغرق و الحرق، أو خفی کالسرقه و نحوها، و إن حکی عن الشیخ فی الودیعه الخلاف فی ذلک إلا أن المحکی عنه هنا التصریح بذلک، و لعله لذا کان ظاهر المسالک الإجماع علی ذلک هنا.

و قد عرفت فیما مضی من الکتب السابقه ما یدل من النصوص و غیرها علی قبول دعوی الأمین فی ذلک مطلقا، حتی فی الصناع و إن سمعت الخلاف فیه فی کتاب الإجاره، علی أنه قد یتعذر إقامه البینه بالتلف غالبا فاقتنع بقوله دفعا لالتزام الأمین المحسن و غیره ب ما تعذر غالبا لقاعده العسر و الحرج و الإحسان و الأمانه.

بل قد یستفاد من التعلیل فی بعض النصوص الوارده فی قبول قول الامرأه فی الحیض و الطهاره منه (۱)و نحو ذلک، إقعاد هذه القاعده أیضا و هی «أن کل أمر یتعذر إقامه البینه علیه غالبا أو یتعسر، یقبل قول مدعیه بیمینه» و لعله إلیه أومی المصنف بما ذکره و لو اختلفا فی التفریط و لو بالتعدی فیه فالقول قول منکره، ل

قوله علیه السلام (۲)«البینه علی المدعی، و الیمین علی من أنکر

کما هو واضح و الله العالم.

[المسأله الثانیه إذا اختلفا فی دفع المال إلی الموکل فإن کانت بجعل کلف البینه لأنه مدع]

المسأله الثانیه إذا اختلفا فی دفع المال الذی هو فی ید الوکیل من حیث وکالته إلی الموکل فإن کانت الوکاله بجعل کلف البینه، لأنه مدع و قابض لمصلحه نفسه، فلا یساوی الودیعه و إن کانت بغیر جعل، قیل: القول قوله کالودیعه فی الإحسان و هو قول مشهور کما عن الصیمری و الکفایه، بل عن غایه المراد أنه مذهب الشیخ و الاتباع، بل عن ظاهر المهذب البارع أو صریحه

۱- ۱ الوسائل الباب- ۴۷- من أبواب الحیض.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۵- من أبواب کیفیه الحکم و أحکام الدعوی الحدیث- ۳.

الإجماع عليه.

و قيل كما عن ابن إدريس و جماعه من المتأخرين القول قول المالك و هو الأشبه بأصول المذهب و قواعده التى منها

«البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

و منها أصاله عدم الرد و غيرها، و لا ينافى ذلك قبول قوله فى الوديعه للنص و الإجماع، بعد حرمه القياس، و إن حصل الجامع الذى هو الامانه، و الإحسان، و القبض لمصلحه المالك و تأديه عدم القبول إلى انسداد باب قبول الأمانه إلا أن الجميع كما ترى، لا يطابق المذهب بعد عدم معلوميه كون ذلك هو العله شرعا، و الأمانه أعم من قبول القول فى الرد، كما أن النهى عن الاتهام لا يقتضى ذلك، بل ظاهره خلاف ذلك.

بل و كذا قاعده الإحسان الظاهره فى نفى السبيل على المحسنين فى إحسانه، لا فى قبول دعواه، على أنه لو سلم أن من مقتضاها ما نحن فيه لاتجه القبول بلا يمين لأنه نوع سبيل، كما أوضحنا ذلك فى الوديعه و العاريه.

أما الوصى فالقول قوله فى الإنفاق على الطفل أو على دوابه أو على عقاره فضلا عن دعوى التلف من غير تعد و لا تفريط بلا خلاف أجده فيه، لأنه أمين بالنسبه إلى ذلك و لتعذر البينه فيه بل و البيع للمصلحه و القرض لها و نحو ذلك مما ادعاه حال أمانته دون دعوى تسليم المال إلى الموصى له بعد بلوغه و رشده الذى هو كدعوى الرد فى المسأله السابقه.

بل فى المسالك أن ظاهرهم عدم الخلاف فى تقديم قول الموصى له، و اليتيم فى عدم القبض هنا، و لعله كذلك للفرق بينه و بين ما تقدم بأن دعوى الرد هنا على من لم يأتمنه، بخلافه هناك، و فى محكى المبسوط قد جعل ذلك ضابطا فى كل أمانه حتى فى الوديعه لو ادعى ردها على الوارث، و إن كان قد عرفت عدم الفرق عندنا بين الجميع فى أن القول قول منكر الرد إلا فى الوديعه المدعى ردها على المالك أو وكيله للنص و الإجماع لما عرفت.

و كذا القول فى الأب و الجد و من حصل فى يده ضاله أو لقطه لاتحاد المدرك فى الجميع و هو عموم

قوله «البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

بعد عدم اقتضاء الامانه و قاعده الإحسان القبول فى ذلك و بعد حرمه القياس على الوديعه كما عرفت الكلام فيه و الله العالم.

[المسأله الثالثه إذا ادعى الوكيل وقوع التصرف و أنكر الموكل مثل أن يقول بعت أو قبضت]

المسأله الثالثه: إذا ادعى الوكيل وقوع التصرف الذى و كل عليه و أنكر ذلك الموكل مثل أن يقول: بعت المتاع و تلف الثمن منى مثلا- أو قال قبضت المبيع لك مثلا و تلف منى و أنكر ذلك الموكل ليترتب على الأول غرامه الوكيل المبيع عينا أو قيمه و فى الثانى عدم غرامه الثمن من الموكل لكون المبيع قد تلف قبل قبضه فلا ثمن عليه.

قيل و القائل غير واحد ان القول قول الوكيل، لأنه أقر بماله أن يفعله فيندرج تحت الأصل المعروف الذى هو «من ملك شيئا ملك الإقرار به» و عليه بنوا نفوذ إقرار الصبى فيما له أن يفعله كالوصيه و العتق و التصدق، و كذا قبول قول العبد المأذون فى التجاره فيما يتعلق بها، و الولى فى تصرفه بمال المولى عليه.

و لو قيل: القول قول الموكل لأصاله العدم أمكن (۱۱) بل فى جامع المقاصد هو أمتن دليلا، و عن مجمع البرهان كأنه أظهر و عن موضع من التذكره أن القول قوله خصوصا إذا كان النزاع بعد العزل و إن كنت لم أتحققه.

و لكن (۱۲) مع ذلك كله الأول أشبه (۱۳) بأصول المذهب و قواعده التى منها ما سمعت، و منها أنه أمين قد نهى عن تخوينه الذى منه تكذيبه. و أنه محسن، و إن كان فى عدم تصديقه العسر و الحرج المنفيين بالايه(۱)و الروايه و اختلال نظام المعاملات بانصراف رغبه الناس عن معاملات الأولياء و الوكلاء و المأذونين خصوصا فى المضاربات، و لأنه بتوكيله أقدم على قبول قوله فيما يفعله، فيجب أن يصدقه كما

۱- ۱ سوره الحج الآيه- ۷۸.

الزم بتصديقه فى دعوى التلف التى هى عند القائل ليس إلا لأنه أمين و صاحب يد على ما اؤتمن عليه.

و بذلک كله ظهر لک أن تقديم قول الوكيل فى هذه المسأله ليس لأن إقراره إقرار من الموكل، ضروره عدم ما يقتضى ذلک فى شى ء من الأدله بل فيها ما يقتضى خلافه، و لذا كلف باليمين بل إنما هو للنهى عن تهمه الأمين المراد منه تقديم قوله على قول المالک عند التنازع، و منه المقام الذى لم أجد خلافا صريحا فيه بل فى مصابيح الفاضل الطباطبائى نسبته إلى تصريح الأصحاب الا من شذ بل فيها عن الصيمرى اتفاق الفتوى على ذلک، بل قد تشعر عباره المتن بذلک أيضا حيث نسبه الى الإمكان على تقدير القول به و ستسمع الكلام فى المسأله العاشره.

[المسأله الرابعه إذا اشترى إنسان سلعه، و ادعى بعد ذلک أنه وكيل لإنسان فأنكر كان القول قوله مع يمينه]

المسأله الرابعه: إذا اشترى إنسان سلعه، و ادعى بعد ذلک أنه وكيل لإنسان فأنكر الإنسان وكالته كان القول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الوكاله و يقضى على المشترى بالثمن لظهور مباشره العقد فى كون الشراء له سواء اشترى بعين أو فى الذمه، إلا أن يكون ذكر انه يبتاع له فى حاله العقد أو قامت البينه على ان عين الثمن للموكل أو نحو ذلک، كما تقدم الكلام فى ذلک مفصلا.

مع أنه و اضح كوضوح الحكم فيما لو قال الوكيل: ابتعت بقصد أنه لک فأنكر الموكل أو قال ابتعت بقصد أنه لنفسى فقال الموكل: بل لى فالقول قول الوكيل بيمينه لأنه أبصر بنيته المتعلقه بفعله بلا خلاف و لا اشكال، مع فرض كون الاختلاف فى النيه التى لا تعلم الا من قبله.

بل ربما استظهر من عباره المتن قبول قوله بلا يمين لعدم تصور الدعوى عليه إلا على القول بسماعها مع التهمه أو أن اليمين حق له على كل حال أما لو فرض إمكان الاطلاع على قصده و لو بإقراره فقد توقف بعض متأخرى المتأخرين فى قبول قول الوكيل للأصل، لكن فيه ما عرفت من لزوم تقديم قوله مع فرض التداعى معه

لأنه أمين و الله العالم.

[المسأله الخامسه إذا زوجه امرأه فأنكر الوكاله و لا بينه كان القول قول الموكل مع يمينه]

المسأله الخامسه: إذا زوجه امرأه بعنوان التوكيل كما فرضه جماعه، أو مطلقا كما هو مقتضى إطلاق المصنف و غيره، بل و الدليل خصوصا صحيح الحذاء(۱)الذی تسمعه فأنكر الوكاله و لا بينه كان القول قول الموكل مع يمينه لأنه منكر بلا خلاف و لا اشكال.

و يلزم الوكيل مهرها الذى أوقع العقد عليه كما عن النهايه و الوسيله و النافع و كشف الرموز و التحرير و الإرشاد و القواعد و القاضى و الكيدرى لا لأن المهر يجب بالعقد

كملا و لا ينتصف الا بالطلاق المفقود فى المقام و قد فوته الوكيل عليها بتقصيره فى الاشهاد، و لا لأنه أقر بأنه أخرج بضعها عن ملكها بعوض لم يسلم إليها فكان عليه الضمان، فإن كل من أقر بإخراج ملك عن غيره لعوض لم يسلم ضمنه له، لتفريطه- إذ هما كما ترى.

بل ل

خبر محمد بن مسلم (۲)عن الباقر عليه السلام «فى رجل زوجته أمه و لم يقبل فقال: إن المهر لازم»

لأنه بناء على تنزيله على دعوى الوكاله، بل عن الشيخ و اتباعه العمل به على ظاهره، و لكن يمكن حمله على ما روى من لزوم نصف مهرها كما تسمعه فى صحيح الحذاء فتتفق النصوص جميعا حينئذ على النصف الذى عمل به الشيخ و الحلى و يحيى بن سعيد و الفاضل فى التذكره و الفخر و غيرهم على ما حكى به فى المسالك و غيرها أنه المشهور.

ل

خبر عمر بن حنظله(۳)«عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل قال لآخر اخطب لى فلانه فما فعلت من شى ء مما قاولت من صداق، أو ضمنت من شى ء أو شرطت فذلك رضائى و هو لازم لى، و لم يشهد على ذلك، فذهب و خطب له و بذل عنه الصداق و

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۶- من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد الحديث- ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام الوكاله الحديث- ۱.

غير ذلک مما طلبوه و سألوه. فلما رجع إليه، أنكر ذلک كله، قال يغرم لها نصف الصداق عنه، و ذلک أنه هو الذى ضيع حقها، فلما لم يشهد لها عليه بذلک الذى قال له، حل لها أن تتزوج، و لا يحل للأول فيما بينه و بين الله عز و جل إلا أن يطلقها، لأن الله تعالى يقول «فَإِمْساكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسانٍ» فإن لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه و بين الله عز و جل. و كان الحكم الظاهر حكم الإسلام و قد أباح الله عز و جل لها ان تتزوج».

و صحيح أبى عبيده (۱)عنه عليه السلام أيضا «فى رجل أمر رجلا ان يزوجه امرأه من أهل البصره من بنى تميم فزوجه امرأه من أهل الكوفه من بنى تميم، قال:

خالف أمره، و على المأمور نصف الصداق لأهل المرأه و لا عده عليها و لا ميراث بينهما فقال بعض من حضر فإن أمره أن يزوجه امرأه و لم يسم أرضا و لا قبيله ثم جحد الآمر أن يكون أمره بذلک بعد ما زوجه، فقال: إن كان للمأمور بينه أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الآمر و إن لم يكن له بينه كان الصداق على المأمور لأهل المرأه و لا ميراث بينهما و لا عده عليها، و لها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقا و إن لم يكن سمى لها فلا شى ء لها».

و من ذيله يعلم أن المراد بالصداق أولا النصف، كما يعلم إراده المرأه من «الأهل» فيه و إلا كان دالا على وجوب مهر و نصف و لم يقل به أحد و لا وجه له و لعله لعدم تنقيح المراد من هذا الصحيح و اشتمال الأول على التعليل الذى لا يوافق الضوابط و استبعاد الالتزام بمقتضاها الشامل للوكاله التى أخبرها بها، و للفضوليه و نحو ذلک مما لا غرور فيه و احتمالها ضمان الوكيل المهر بعد العقد و الاعتراف بالوكاله، و التنصيف حينئذ تنزيلا لانتفاء النكاح ظاهرا منزله الفسخ بالطلاق.

قيل: و إن لم نعرف القائل به غير واحد قبل المصنف يحكم ببطلان العقد فى الظاهر لعدم ثبوت الوكاله و عدم غرامه شى ء على أحد منهما.

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۶ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد الحديث- ۱.

نعم یجب علی الموکل أن یطلقها فیما بینه و بین الله تعالی بلا خلاف أجده فیه، بل فی جامع المقاصد لا ریب فیه و قد نطق به الکتاب و السنه من قوله تعالی (۱)«فَإِمْساکٌ بِمَعْرُوفٍ» و قاعده الضرر و الضرار و حفظ الأنساب و نحو ذلک إن کان یعلم صدق الوکیل، و أن یسوق إلیها نصف المهر و لا ریب فی أن هذا القول قوی بحسب القواعد، بل مال إلیه جماعه منهم الفاضل و ولده و ثانی الشهیدین، بل جزم ثانی المحققین بأنه أصح.

لکنه مخالف للشهره البسیطه، أو المرکبه، أو الإجماع کذلک، الجابره للنصوص المزبوره التی لا أقل من الفتوی بالمتیقن منها و هو النصف فیما لو غرها بدعوی الوکاله صریحا و عدم علمها بصدقه، دون باقی الصور، و إن دل علیه الخبران أو أحدهما.

و علی کل حال فلا إشکال فی صحه طلاق الموکل لها و إن لم یعترف بالزوجیه.

بل صرح غیر واحد بصحته منه و إن أوقعه معلقا، کقول إن کانت زوجتی فهی طالق، لعدم کونه تعلیقا مانعا، ضروره عدم اقتضائه تأخیر الأثر، علی أنه عالم بالحال و علقه علی أمر معلق علیه فی الواقع، و إلیه یرجع ما فی الروضه «لأنه أمر یعلم حاله، و کذا فی نظائره کقول من یعلم أن الیوم جمعه: إن کان الیوم الجمعه، فقد بعتک کذا أو غیره».

لکن فی الریاض «إنه کذلک إذا لم یکن الإنکار مستندا إلی نسیان التوکیل، و إلا فلا یصح» و فیه أن الظاهر الصحه حتی مع ذلک، و لعدم دلیل یقتضی بطلانه کذلک بل مقتضی الإطلاقات الصحه، و من هنا أطلق من عرفت. و منه یعلم ما فی تعلیل الروضه السابق.

و أما المرأه فلا إشکال و لا خلاف فی أن لها التزویج و إن لم یطلق الموکل إذا لم تکن عالمه بالوکاله، لأنها خلیه فی ظاهر الشرع کما أفصح به الخبر المزبور.

۱- ۱ سوره البقره الآیه- ۲۲۹.

نعم لو كـانت عـالمه بصـحه الوكـاله لم يكن لهـا ذلـك، و ليس للحـاكم إجبار الزوج عليه. نعم قـد يقال: بأن له الطلاق عنه مع امتناعه من وقوعه، فيؤثر أثره حينئذ مع فرض الزوجيه فى الواقع للامتناع عن القيام بها و الطلاق، و إلا لم يحتج إلى طلاق.

و ربمـا احتمـل أن لهـا الفسـخ أو للحـاكم، أو البقـاء على الزوجيه حتى يفرج الله عنهـا بموت و نحوه، و لعل ما ذكرناه أولى بعد عموم ولايه الحاكم لمثل ذلك، لقاعده الضرر و غيرها، و للايه(۱)و نحوها و الله العالم.

[المسأله السادسه إذا وكله فى ابتياع عبد فاشتراه بمأه فقال الموكل اشتريته بثمانين فالقول قول الوكيل]

المسأله السـادسه: إذا وكله فى ابتيـاع عبـد ف ادعى أنه اشتراه له بمـأه، فقـال الموكـل: اشتريته بثمانين، فالقول قول الوكيل كما اختـاره جمـاعه منهم الشـيخ فى المحكى من مبسوطه لأنه مؤتمن و الفعل فعله من غير فرق بين كون الثمن من غير مال الموكل. أو فى ذمته، و لكن لو قيل:

القول قول الموكـل. كـان أشـبه بأصـاله البراءه من الزائـد و نحوهـا لأنه غارم بالأخـذ من ماله المعين المجهول ثمنا أو الأداء عن ذمته، بـل عن الإرشـاد و مجمع البرهـان اختيـاره، بـل لعله مقتضـى ما تقـدم للتـذكره، إلا أنه مناف لما سـمعته من المصـنف فى المسأله الثالثه. و لما يأتى له فى العاشره.

و التحقيق مـا عرفت و تعرف من أن التـداعى إن كـان بين الموكـل و الوكيل كان القول قول الوكيل لما سـمعت، و إن كان بين الموكل و البائع فالقول قول الموكل و ان صدق الوكيل البائع لما ستعرفه من اقتضاء الأدله تقديم قوله فى التداعى معه خاصه، لا أن إقراره إقراره مطلقا كما تسمع تفصيل الحال فيه فى المسأله العاشره.

و على كل حال فما عن أبى حنفيه من التفصيل بين الشراء بالعين فالقول قول الوكيل، لانه الغارم لما زاد على الثمانين، و الموكل إن كان الشـراء فى الذمه لأنه الغارم واضح الضـعف، ضروره أخذ الثمن من مال الموكل على كل حال، كما ان ما فى المسالك و غيرها من فرض موضوع المسأله بما إذا كان المبيع يساوى ماءه، و إلا لم يكن الشـراء صـحيحا لا يخلو من نظر، ضروره إمكان الغبن فى حق الوكيل، و لا

۱- ۱ سوره البقره الآيه- ۲۲۹.

يقتضى خروجه بذلك عن الوكاله، و انما أقصاه الخيار كما أوضحناه فى محله.

[المسأله السابعه إذا اشترى الوكيل لموكله كان البائع بالخيار]

المسأله السابعه قال فى محكى المبسوط إذا اشترى الوكيل لموكله مصرحا بذلك فى العقد كان البائع بالخيار إن شاء طالب الوكيل، و إن شاء طالب الموكل و يكون دخول الوكيل فى هذا التصرف بمنزله دخول الضامن فى الضمان، فإن أعطاه كان له الرجوع بما وزن، لأنه توكل بإذنه فى الشراء، و ذلك يتضمن تسليم الثمن، و كان الاذن فى الشراء إذنا فيه و فيما يتضمنه.

و ربما أشكل بأنه لا وجه لرجوعه على الوكيل مع فرض العلم بالوكاله، ضروره كون الثمن فيما فرضه فى ذمه الموكل، لأن الشراء له، و لا ضمان من الوكيل.

نعم مع الجهل بالوكاله يتجه مطالبه الوكيل لظهور مباشره الشراء فى كونه له، و لكن يتوجه حينئذ اختصاص المطالبه به مع فرض استمرار الجهل بذلك.

و من هنا قال المصنف و تبعه بعض الناس ان الوجه اختصاص المطالبه بالموكل مع العلم بالوكاله، و اختصاص مطالبه الوكيل مع الجهل بذلك إلى حين القبض أو مطلقا، كما احتمله فى المسالك للاكتفاء بالجهل حال العقد فى استحقاق المطالبه، و ان علم بعد ذلك استصحابا لما كان، و لإمكان عدم رضاه بمطالبه الموكل لو علم ابتداء.

و على كل حال فلا يكفى فى ثبوت الوكاله المقتضيه لسقوط حق المطالبه عن الوكيل اعتراف الموكل بها، إذ يمكن أن يكون تواطيا منهما لإسقاط حق المطالبه خصوصا إذا كان قويا.

هذا كله إذا كان الثمن فى الذمه و لم يكن قد دفعه الموكل إلى الوكيل، أما إذا كان عينا قد وقع العقد عليها، فقد صرح فى جامع المقاصد و المسالك و مجمع البرهان و التنقيح على ما قيل بمطالبته لمن هى فى يده من غير فرق بين الوكيل و الموكل، و إن كان فى الذمه، و لكن كان قد دفع الموكل اليه ما يجعله ثمنا، ففى القواعد و محكى الكتب السابقه و التذكره تخير فى مطالبه الوكيل لأن الثمن فى يده، و الموكل لأن

الشراء له و ما دفعه له لم يتشخص ثمنا هذا خلاصه ما حصلناه من كلماتهم.

لكن قد يقال إن من مقتضيات العقد استحقاق تسليم الثمن و المثمن من مباشره سواء كان مالكا أو وليا شرعيا و لو وكيلا عليه، و على ما يقتضيه من القبض و الإقباض لا أنه وكيل على مجرد الصيغه، و يكون الإذن حينئذ مقدمه لتحقق العقد مقتضاه لأن المباشر له بها يكون متأهلا للمطالبه بالتسليم.

و من هنا يتسلط البائع أو المشترى على الخيار بامتناع الوكيل، عن التسلم و التسليم إذا كان وكيلا على ذلك و لا يسقط خيار البائع أو المشترى بامتناع الوكيل لأن الشراء انما هو للموكل، إذ هو و إن كان كذلك إلا أن ما ذكرناه من أحكام ولى العقد و توابعه.

و لا يتوهم أن لا يقتضى اختصاص المطالبه به ضروره ثبوتها أيضا لمن كان الشراء له باعتبار ثبوت الحق عليه أيضا و لو لمباشره و كيله، و من هنا يتجه التخيير الذى ذكره الشيخ فى المحكى من مبسوطه.

بل قد يقال به أيضا فيما إذا كان الثمن عينا أيضا ضروره عدم منافاه ذلك للمطالبه بتسلمها للوكيل الذى باشر العقد إذا لم تكن فى يده أو للموكل كما هو واضح بأدنى تأمل، فلا تختص بمن كانت هى فى يده ضروره اقتضاء العقد التسليم كما عرفت بل مما ذكرنا يظهر لك ما فى إطلاق جمله من عبارات الأصحاب، و أنها محتاجه إلى التقييد ببعض القيود التى لا تخفى على من أحاط بقواعد الفقه و الله العالم.

[المسأله الثامنه إذا طالب الوكيل فقال الذى عليه الحق لا تستحق المطالبه لم يلتفت إلى قوله]

المسأله الثامنه إذا طالب الوكيل الثابته وكالته بما وكل عليه فقال الذى عليه الحق: لا تستحق المطالبه لى و لم يذكر أزيد من ذلك لم يلتفت إلى قوله كما عن المبسوط و غيره لأنه مكذب لبينه الوكاله.

لكن فى القواعد «على اشكال» و لعله مما عرفت، و من أعميه ذلك من التكذيب ضروره إمكان كونه لإبراء أو لطرو عزل أو أداء إلى الموكل أو نحو ذلك، و قد يدفع بما فى جامع المقاصد و المسالك بما حاصله أنه يكفى فى سماعها عدم تحريرها بعد أن كانت مشتركه بين المسموعه و غير المسموعه فلا تعد دعوى شرعيه تستحق الجواب.

اللهم إلا يقال إن أن حجيه قول المسلم و أصاله صحه دعواه و عموم البينه على المدعى و نحوه تقضى بالقبول حتى يعلم فسادها بتكذيب للبينه و نحوه و إلا فهى مقبوله يترتب عليها توجه اليمين و اقامه البينه و نحو ذلك و الله العالم.

و لو قال: عزلك الموكل سمعت بالبينه مثلا ـ لأنها دعوى شرعيه لكن لم يتوجه على الوكيل اليمين الا ان يدعى عليه العلم ضروره أن العزل فعل الغير و اليمين عليه انما هو على نفى العلم به و كذا لو ادعى أن الموكل أبرأه من الحق أو أداه اليه كما هو واضح.

[المسأله التاسعه تقبل شهاده الوكيل لموكله فيما لا ولايه له فيه]

المسأله التاسعه لا خلاف بيننا بل و بين كافه المسلمين و لا إشكال فى أنه تقبل شهاده الوكيل لموكله فيما لا ولايه له فيه كما تقبل عليه لعموم ما دل على قبول خبر العدل بخلاف ما هو وكيل فيه، فإنها لا تقبل فيه للتهمه كما عن الشيخ و الحلى و الفاضل و غيرهم التصريح به بل هو المشهور بل لم أجد فيه خلافا لها و كذا صرحوا أيضا بعدم قبول شهادته فى جرح شهود المدعى على الموكل.

نعم لو عزل قبلت عندنا فى الجميع و لو فيما له ولايه عليه لعدم التهمه حينئذ و عدم الخصومه فهو كما لو شهد قبل التوكيل فى شمول أدله القبول له و ما عن بعض العامه من عدم القبول بمجرد التوكيل واضح الضعف فلا إشكال حينئذ فى القبول ما لم يكن أقام بها وردت للتهمه كما عن التحرير و غيره أو شرع فى المنازعه التى هو وكيل فيها فلا تقبل حينئذ للتهمه بإراده إظهار ما ادعى به و لتحقق الخصومه لكن قيده بعض الناس بما إذا جرى الأمر على التواصل.

و أما إذا طال الفصل فربما استظهر من كلام الفاضل فى القواعد القبول، و فى جامع المقاصد أنه محتمل و هو كذلك اللهم الا ان يدعى خروجه بذلك عن تأهل الشهاده و قبولها، و ان زالت التهمه و ارتفعت الخصومه، و بذلك يفرق بينه و بين الفاسق إذا عاد للعداله، و الصبى إذا بلغ و الكافر إذا أسلم، فلا تقبل حينئذ شهاده الشريك لشريكه بعد ان ردت بذلك و لو صالح شريكه بعد ذلك على وجه صار الحق كله للشريك الآخر فتأمل جيدا، هذا.

و لكن عن أبى على قبول شهاده الوصى بمال اليتيم، بل عن كشف اللثام الميل إليه مؤيدا له بمكاتبه الصفار، و لعل الوكيل أولى فمـا عن الأـخير من الجزم بعـدم القبـول فيه وصـيله إلى القبول فى الوصـى فى غير محله، اللهم إلاـ أن يكون الوجه الجمود على مكاتبه الصفار.

و لعله لـذا حكى عن الأـردبيلى منع كون مطلق الوكاله و الولايه نفعا يمنع من شـهاده العـدل المقبول، و تبعه على ذلك صاحب الحدائق، لكنه كما ترى كالاجتهاد فى مقابله الإجماع، بل قد يشك فى تناول الشـهاده لمثله، ضـروره كونه شهاده له فى الحقيقه و لو من حيث الوكاله و الولايه نحو شهاده المرتهن و شبهه، و تسمع الكلام فيه فى محله إنشاء الله.

[المسأله العاشره لو وكله بقبض دينه مثلا من غريم له فأقر الوكيل بالقبض و صدقه الغريم و أنكر الموكل فالقول قول الموكل]

المسـأله العاشـره: لو وكله بقبض دينه مثلاـ من غريم له فـأقر الوكيل بالقبض و صـدقه الغريم و أنه تلف من يـده و أنكر الموكل القبض منه فالقول قول الموكل وفاقا للمبسوط و التذكره و القواعد و غيرها، بل فى شرح الصيمرى نسبته الى فتوى الأصحاب إلا الفخر، لأـن الـدعوى انما هى بين المالك و الغريم، و لا نزاع بينه و بين الوكيل، و ليس فى الأدله ما يقتضـى إلزام الموكل بإقرار الوكيل فيما وكل فيه مع عدم الخصومه معه، و ما تقدم فى المسأله الثالثه من تقديم قول الوكيل انما هو مع كون التداعى معه.

و لكن مع ذلك قال فى المتن فيه تردد و فى القواعد على اشـكال مما سمعت، و من نفوذ قول الوكيل على الموكل باعتبار كونه أمينه، و الفعل فعله، إلا أنه كما ترى لا دليل عليه إذا كانت الـدعوى مع غيره، و تقـديم قوله حيث تكون الدعوى معه لا يقتضـى سقوط دعواه على الغير إذ لا يزيـد تقـديم قوله فى ذلك على تقديم قوله فى التلف بغرق أو حرق، مع أنه لا يسـقط الدعوى من المالـك على أجنبى بمـاله كما هو واضـح، خصوصا إذا أعرض المالك من أول الأمر عن الـدعوى مع الأمين، و خص الـدعوى بالأـجنبى، و خصوصـا فى مثـل المقـام الـذى لاـ دعوى أصـلا بين المالك و الوكيل، لعـدم القبض منه بزعم المالك، و انما هى مختصه بينه و بين الغريم.

و دعوى أن اعتراف الوكيل بـذلك و ان لم تكن الخصومه معه مسـقط لـدعوى المالك المقتضـيه تكذيبه فيما ذكره، و قد نهى عن تهمته على وجه يراد منه عدم سـماع التهمه فى حقه و إن كانت تكذيبا خاصه بلا تغريم- ممنوعه على مدعيها كل المنع، بل لا ينبغى ان تصدر من فقيه ماهر، ضـروره عدم ما يقتضى أن إقرار الوكيل إقرار الموكل، بل فى الأدله ما يقتضى عدمه، خصوصا قاعده الإقرار فى حق الغير.

و تقـديم قوله حال كون الخصومه معه، انما هو لكونه مؤتمنا، و صاحب يد على فعله، كتقديم قوله فى التلف فى الخصومه معه، لا لأن إقراره إقرار الوكيل، و الا لم تحتـج الى اليمين كما هو واضـح بأدنى تأمل، و النهى عن تهمته انما يراد منه تقديم قوله فى التداعى معه، و لو بما يقتضى تكذيبه، فضلا عن اتهامه، لا أن المراد منه عدم تكذيبه و لو بالدعوى على الغير المقتضيه لذلك.

و حينئـذ فـإذا حلف المالـك على بقـاء حقه فى ذمه الغريم أخـذه، و لاـ رجوع للغريم على الوكيـل مع تلف المـال فى يـده بغير تفريط، لكونه ظالما بزعمه فى أخذه منه، و لا رجوع له بالظلم. هذا كله فى مفروض المسأله.

أما لو أمره ببيع سـلعه مثلا و تسـليمها و قبض ثمنها فتلف الثمن من غير تفريط على دعوى الوكيل فأقر الوكيل بالقبض، و صـدقه المشترى، و أنكر الموكل فالقول قول الوكيل هنا بلا خلاف أجده فيه.

بل فى شـرح الصـيمرى اتفاق الفتاوى عليه لأن الدعوى هنا على الوكيل من حيث أنه سـلم المبيع و لم يتسـلم الثمن فكأنه يدعى الموكـل مـا يوجب الضـمان على الوكيل باعتبار تفريطه بـذلك، و الأصل براءه ذمته مع أنه أمين بالنسـبه إليه، و قوله مقبول فيما اؤتمن عليه و هناك أى فى المسأله الأولى الدعوى على الغريم دون الوكيل.

و لكن مع ذلـك قـال المصـنف و تبعه غيره و فى الفرق نظر لاـن الاختلاـف فى المقـامين فى فعـل الوكيل فمع فرض كون قوله مقبولا فيه ينبغى عدم سماع دعوى المالك فى المقامين

و إلا قبلت فيهما، و قد عرفت أن الأشبه عند المصنف فى المسأله الثالثه الأول، بل قد عرفت أنه تردد فى قبول قول الموكل و حينئذ يكون نظره رجوع الاولى إلى الثانيه فى الحكم كما عن فخر المحققين لا العكس إلا أنه لا يخفى عليك بعد الإحاطه بما ذكرنا فى المسأله الثالثه و هنا تحقيق الحال.

و نزيده وضوحا بأن الدعوى متى كانت من الموكل على الوكيل لإراده تغريمه مثلا فالقول قول الوكيل لأنه أمينه و الفعل فعله، و متى كانت على أجنبى لم يكن إقرار الوكيل مؤثرا فى عدم سماعها بل تبقى على حكم سائر الدعاوى ففى مثل المقام للمالك توجيه الدعوى على كل منهما، فإذا أعرض عن الوكيل، و وجه الدعوى على المشترى و طالبه بالثمن كان له ذلك بعد يمينه أنه باق فى ذمه المشترى، و لا يكون إقرار الوكيل بالقبض مسقطا للدعوى، بعد ان لم تكن الخصومه معه.

و لو طالب الوكيل من حيث دعوى ضمانه للثمن بتسليم المبيع قبل تسليم الثمن المفروض عدم إذنه فيه كان القول قول الوكيل هنا للأدله التى سمعتها فى المسأله الثالثه و فى المقام.

بل الأقوى فى النظر عدم سقوط الدعوى عن المشترى مع ذلك، خلافا للتذكره و المسالك و غيرهما إذ لم يفد تقديم قوله على قول المالك بيمينه الا عدم ضمان الوكيل و سقوط الدعوى بالنسبه إليه خاصه لا أنه وصول للثمن واقعا على وجه يسقط الدعوى عن المشترى ضروره مساواه تقديم قوله هنا لتقديم قوله فى التلف المعلوم عدم اقتضائه سقوط الدعوى لو أرادها بعد ذلك على أجنبى كما قدمناه سابقا هذا كله فى الدعوى عليهما و بدء بالوكيل.

أما إذا كانت الدعوى مختصه من الأصل بغير الوكيل كما فى قبض الدين من الغريم و نحوه أو كانت مشتركه و لكن أعرض عن الوكيل، و وجه الدعوى على الغير فلا وجه لسقوط الدعوى باعتراف الوكيل الذى لم تكن خصومه بين الموكل و بينه.

و بـذلك كله ظهر لـك ما فى كلام المصـنف و من تأخر عنه كالفاضل و ولـده و المحقق الثانى و الشـهيد الثانى و الصـيمرى و العلاـمه الطباطبـائى و إن أطنب رحمه الله فى مصـابيحه بـذكر كلاـم جميع من تعرض للمسأله، اللهم إلا أن يتكلف رجوع بعض كلماتهم إلى ما ذكرنا، و الأصل فى هذه المسأله ما فى محكى المبسوط، و هو مع التأمل كالصريح فيما قلناه فى تحقيق المسأله.

قال: «إذا وكل رجل رجلا فى قبض دين له على غيره، فادعى الوكيل أنه قبضه منه و سـلمه إليه، أو قال: تلف فى يـدى، و صدقه من عليه الـدين، و قـال الموكـل لم يقبضه منه، قـال قوم: إن القول قول الموكـل مع يمينه و لا يقبل قول الوكيل و لا المـدين إلا ببينه، لأن الموكل يدعى المال على المدين دون الوكيل لأنه يقول أنا لا أستحق عليك شيئا، لأنك لم تقبض المال، و إنما مالى باق على المـدين، و لهـذا إذا حلف طالب الـذى عليه الـدين و لا يثبت بيمينه على الوكيل شـيئا فإذا كان كذلك كان بمنزله أن يدعى من عليه الحق دفع المال إليه، و هو ينكر، فالقول قوله، و كذلك هيهنا و هذا أقوى.

و إذا وكله بالبيع و التسـليم و قبض الثمن فباعه، و سلم المبيع فادعى قبض الثمن و تلفه فى يده أو ادعى دفعه إليه، فأنكر الموكل أن يكون قبضه من المشترى كان القول قول الوكيل مع يمينه لأن الأصل أنه أمين، و أنه لا ضمان عليه.

و يخـالف المسأله الأـولى، لأـن المـدعى عليه فيهـا هو الـذى عليه الـدين، و هو الخصم فيه، و إذا جعلنـا القول قول الموكـل فى المسـأله الأـولى لم توجب على الوكيل غرامه، و فى المسأله الثانيه توجب غرامه، فجعلنا القول قول الوكيل فى الثانيه» و تبعه غيره فى ذلك.

و هو بعـد تهذيبه يرجع إلى ما ذكرنا فلاحظ و تأمل جيدا لتعرف الحكم فى جميع موارد المسأله التى منها ما لو وكله على طلاق زوجه مثلا فقال الوكيل طلقت و ادعى الموكل على الزوجه عدم ذلك، كان القول قوله، لأن الدعوى بينه و بين

الزوجه، و الوكيل لا دعوى عليه، و كذا الوكاله فى العتق.

أما لو كان وكيلا على القرض فقال: استقرضت لك ألفا مثلا و تلفت، أو أنفقتها فيما وكلتنى فيه أيضا، و لم يكن هناك ثالث تكون الدعوى بين الموكل و بينه كان القول قول الوكيل و لو بعد عزله عن الوكاله، لأنه أمينه و هكذا.

نعم بقى شى ء هل للموكل الدعوى على الأجنبى مع اخبار الوكيل بالقبض منه أو الطلاق أو العتق بأصاله العدم و نحوها و ان احتمل صدقه، أو لا بد فى ذلك من العلم بتكذيب الوكيل، قد يظهر من المحكى من بعض كلمات الأردبيلى الثانى، و يحتمل الأول لعدم ما يدل على وجوب قبول خبره فيما اؤتمن عليه فى غير مقام التداعى معه، و إن كان له التناول باخباره و التصرف فيما يأتيه له بعنوان الوكاله و لكن لا ريب فى أن الأحوط الثانى و الله العالم.

و كيف كان ف لو ظهر فى المبيع عيب رده على الوكيل دون الموكل لأنه لم يثبت وصول الثمن اليه و إن سقط مطالبته به للوكيل بدعواه أنه قبضه و تلف منه مع يمينه، بل و المشترى بناء على أن ذلك يقتضى سقوط الحق عنه لاتحاده إلا أن هذا السقوط لا يقتضى الوصول إليه، و لو بقبض الوكيل، الا أنه لا يخفى عليك ما فيه، ضروره أن المال مال الموكل، لأن الفرض علم المشترى بذلك، و وصول الثمن اليه و عدمه لا مدخل له فى ذلك، بل قد لا يجوز له رده على الوكيل إذا لم يكن وكيلا على قبضه على تقدير رده بالعيب.

و حينئذ فقول المصنف- و لو قيل: برد المعيب على الموكل كان أشبه و الفاضل فى القواعد أقرب و الفخر فى محكى الإيضاح أصح، و ثانى الشهيدين فى المسالك أقوى- فى غير محله، لعدم وجه لاحتمال المنع، بل المحكى من عباره المبسوط خال عن ذلك.

قال: «إذا وكل رجلا فى بيع ماله و قبض ثمنه فادعى أنه قبض الثمن و تلف فى يده أو دفعه اليه، و صدقه المشترى على ذلك، و قال الموكل ما قبضه الوكيل كان

القول قول الوكيل على أصح الوجهين، فإذا حلف برء، فإذا وجد المشترى بالمبيع عيبا كان له رده بالعيب، فإن أقام البينه على

أنه دفع ثمنه إلى الموكل أو الوكيل كان له رد المبيع على أيهما شاء و مطالبته بالثمن، و إن لم تكن بينه لم يكن له مطالبه الموكل بالثمن ورد المبيع عليه، لانه ما أقر بقبض الثمن منه، و ليس للوكيل مطالبه الموكل و يكون القول قول الموكل مع يمينه أنه لا يعلم أنه قبض الثمن من المشترى فإذا حلف لم يكن له مطالبته إلا أن يقيم بينه على ما يدعيه من قبض الثمن من المشترى و تلفه فى يده أو دفعه إليه».

و هو كما ترى ظاهر أو صريح فى الرد من دون مطالبه بالثمن، و أما ما ذكره من التخيير فى المطالبه بالثمن مع البينه، فلعله لاقتضاء الفسخ عنده تسليم الثمن على نحو اقتضاء العقد، بخلاف ما إذا لم تكن بينه، فإنه ليس له إلا الرد على الموكل و إن سقطت المطالبه بالثمن على الوكيل و المشترى، أما المشترى فلما عرفت، و أما الوكيل فلاعترافه بوكالته و تلف الثمن فى يده.

نعم له أخذ العين باطنا- أى إذا لم يعلم منه الفسخ- مقاصه عن ثمنه مع دفع الزائد إن كان للمالك و التوصل اليه من مال الموكل و غير ذلك مع فرض النقصان هذا.

و لكن فى التذكره «فإذا حلف الوكيل أنه قبض و تلف الثمن فى يده و قلنا ببراءه المشترى، ثم وجد المشترى بالمبيع عيبا، فان رد على الموكل و غرمه الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئا و إن رد على الوكيل و غرمه لم يرجع على الموكل، و القول قوله مع يمينه فى أنه لم يأخذ منه شيئا، و لو خرج المبيع مستحقا رجع المشترى بالثمن على الوكيل، لأنه دفعه إليه و لا رجوع له على الموكل».

و فيه مالا يخفى من عدم جواز رجوعه على الوكيل فى الأول بعد اعترافه بوكالته و تلف المال فى يده، و أما رجوعه على الموكل فهو مبنى على وصول ذلك إليه

بإقرار الوكيل بناء على أنه كالبينه بالنسبه إلى ذلك.

لكن على هـذا ينبغى أن يكون له الرجوع عليه فى الثـانى، أو يختص به بنـاء على أن قبض الوكيل فى الظاهر قبض للموكل، كما فى القواعـد الجزم به، فـإنه بعـد ان ذكر فيهـا أنه لو تلف المبيع فى يـد الوكيـل بعـد أن خرج مسـتحقا طـالب المسـتحق البائع أو الوكيل أو الموكل الجاهلين و يستقر الضمان على البائع، و هل للوكيل الرجوع على الموكل؟ اشكال قال: «و لو قبض وكيل البيع الثمن و تلف فى يده فخرج المبيع مستحقا رجع المشترى على الوكيل مع جهله، أى بالوكاله و يستقر الضمان على الموكل، و إلا فعليه» و إن كان كلامه فيها أيضا لا يخلو من نظر، ضـروره منافاه الإشـكال لما ذكره أولا من الرجوع على الثلاثه الذى لا وجه له فى الموكل إلا دعوى سببيه القبض من الوكيل الضمان عليه باعتبار أنه قبض له لانه وكيل عنه على قبض المبيع فى الظاهر.

بـل قـد يتوهم من ذلـك اختصـاصه بالموكـل بعـد العلم بكون القبض وكاله، كما هو مقتضـى كلامه الأخير، و إن كان التحقيق خلافه إذ الظـاهر سـببيه القبض لضـمانهما معـا بعـد فرض كونه وكيلاـ عنه فى قبض ما هو مبيع ظاهرا لانه و إن كان قبضه قبض الموكل، إلا أنه لا ينافى الرجوع عليه

بعموم (۱)«على اليد»

و إن كان هو يرجع على الموكل.

و بـذلك يظهر أنه لا وجه لاختصاص الضـمان بالموكل فى الأخير مع العلم بالوكاله إذ هو كرجوع مسـتحق المبيع على الثلاثه و إن علم بـأن الوكيل قـد قبض على جهه الوكاله فتأمل جيـدا فإن المسأله لا تخلو من دقه و الله العالم بحقائق أحكامه و الحمـد لله أولا و آخرا.

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۵۰۴.

هذا آخر كتاب الوكاله من جواهر الكلام شـرح شـرائع الإسلام و نسأل الله بمحمد و آله الإعانه على إكماله و إتمامه و الحمد لله و صلى الله على خير خلقه محمد و آله الطاهرين.

إلى هنا تم الجزء السابع و العشـرون من كتاب جواهر الكلام بحمد الله و منه و قد بذلنا غايه الجهد فى تصحيحه و مقابلته للنسخه المصححه التى قوبلت بنسخه الأصل المخطوطه المصححه بقلم المصنف طاب ثراه.

و يتلوه الجزء الثامن و العشرون فى أحكام الوقوف و الصدقات إنشاء الله تعالى.

على الآخوندى

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فى نشر المعلومات

من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات فى مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما فى الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمية الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ((sms

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.۴

PDF.۵

HTML.۶

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ۴ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمية ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة فى تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزى

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده ای، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلی، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكترونى : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزى ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

هاتف المكتب فى طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.



مرکز
القائمیه
اصفهان
للبحوث والتحریات الکمبیوتریة
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹